

R-D-148-015

TE  
962



BIBLIOTECA U.C.M.

5308465790

**EL DERECHO DE EDIFICACION SOBRE FUNDO AJENO.**

**ASPECTOS CIVILES Y REGISTRALES**

**DONATIVO**

MARIA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

*Tomo I*

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID. FACULTAD DE DERECHO**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL**

---

**EL DERECHO DE EDIFICACION SOBRE FUNDO AJENO.**

**ASPECTOS CIVILES Y REGISTRALES**

MARIA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID. FACULTAD DE DERECHO**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL**

-----

**EL DERECHO DE EDIFICACION SOBRE FUNDO AJENO.**

**ASPECTOS CIVILES Y REGISTRALES**

Vº Bº

LA DIRECTORA

Memoria presentada por la Licenciada  
Dña. M<sup>a</sup> Isabel de la Iglesia Monje para  
la obtención del grado de DOCTORA EN  
DERECHO, realizada bajo la Dirección  
de la Profesora Dra. Dña. M<sup>a</sup> del Carmen  
Gómez Laplaza, Catedrática de Derecho  
Civil.

1994

## INDICE

	Pags.
<u>INTRODUCCION</u> .....	1

### CAPITULO PRIMERO

#### EVOLUCION DEL DERECHO DE SUPERFICIE EN EL DERECHO ESPAÑOL

##### I.- BREVE REFERENCIA A ALGUNOS ANTECEDENTES HISTORICOS ANTERIO- RES A LA CODIFICACION.

1.- Introducción .....	3
2.- El principio de accesión en algunos textos históricos .....	3
3.- Derecho alto medieval .....	6
4.- Resurgimiento del Derecho Romano en España .....	16
5.- Leyes de Toro .....	21
6.- Derecho posterior hasta la codificación .....	23

##### II.- EL DERECHO DE SUPERFICIE EN LA CODIFICACION ESPAÑOLA. POSTURAS DOCTRINALES ANTERIORES Y POSTERIORES A LA PUBLICACION DEL CODIGO CIVIL ESPAÑOL.

1.- Introducción .....	27
2.- Precedentes inmediatos al Código Civil.....	27
3.- Doctrina anterior al Código Civil.....	36



4.-Examen de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros del siglo XIX .....	43
5.-Publicación del Código Civil: Los artículos 1611 y 1655 del mismo (Remisión) .....	46
6.- Examen doctrinal y de las Resoluciones de la D.G.R. tras la publicación del Código Civil .....	49
<u>III.- RECAPITULACION.</u> .....	56

## CAPITULO SEGUNDO

<u>CONFIGURACION DEL DERECHO DE SUPERFICIE.....</u>	61
<u>I.- INTRODUCCION.</u> .....	63
<u>II.- ESTUDIO DE LA EVOLUCION LEGISLATIVA DEL DERECHO DE SUPERFICIE EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO Y SU COMPARACION CON LAS LEGISLACIONES ITALIANA, FRANCESA Y PORTUGUESA.</u>	
1.- La Codificación decimonónica en los ordenamientos español, francés, italiano y portugués y el derecho de superficie .....	64
2.- Posterior evolución legislativa y desarrollo de la institución hasta la actualidad .....	73
A.- Introducción .....	73
B.-Evolución y configuración del derecho de superficie en la regulación de los Códigos Civiles .....	74

C.- Evolución y configuración del derecho de superficie en la legislación urbanística .....	78
a.- Estudio específico de esta modalidad en nuestro ordenamiento jurídico .....	78
b.- Comparación con los diferentes sistemas .....	84
a'.-Derecho de superficie en la legislación urbanística italiana actual .....	85
b'.- Derecho de superficie en el urbanismo francés .....	87
c'.- Desarrollo urbanístico del derecho portugués .....	94
3.- Consecuencias de la evolución y desarrollo de la institución superficiaria .....	96

### III.- ANALISIS DEL DERECHO DE SUPERFICIE EN NUESTRO ORDENAMIENTO.

1.-Introducción .....	102
2.-Derecho de superficie, propiedad superficiaria y propiedad separada .....	102
3.-Derecho de superficie: concesión del ius aedificandi y derecho de mantener la propiedad de la construcción preexistente .....	112
4.-Construcción unitaria o construcción dualista del derecho de superficie: modalidad urbana común y modalidad urbanística .....	114

#### IV.- POSICIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES ACTUALES.

1.-Introducción .....	120
2.-Estudio de las posiciones doctrinales en relación con la configuración actual del derecho de superficie.	
Su distinción de figuras afines .....	120
3.-Estudio de la posición de nuestra Jurisprudencia .....	171

#### CAPITULO TERCERO

#### ASPECTOS REGISTRALES DEL DERECHO DE SUPERFICIE 190

<u>I.-INSCRIPCION DEL DERECHO DE SUPERFICIE.</u> .....	191
1.- Breve evolución histórica y análisis de los textos legales hipotecarios en nuestro Ordenamiento Jurídico .....	191
2.- Inscripción del derecho de superficie: ¿declarativa o constitutiva? .....	195
A.- Antecedentes históricos (Leyes hipotecarias y Reglamentos) ..	195
B.- Evolución legislativa, doctrinal y jurisprudencial .....	199
C.- Revisión crítica y conclusiones. ....	208
3.- Objeto de la inscripción. ....	220

#### II.-REQUISITOS ESPECIFICOS DE LA INSCRIPCION DEL DERECHO DE SUPERFICIE.

1.- Breve exposición doctrinal de las cuestiones registrales, con anterioridad a la publica- ción del art. 16-1º del Reglamento Hipotecario. ....	223
--	-----

## 2.- Estudio del artículo 16-1º del Reglamento Hipotecario.

A.- Introducción .....	224
B.- Estudio de cada requisito .....	225
C.- Prohibición de sujeción del derecho de superficie a comiso .....	242
3.- Consecuencias de la no expresión o expresión insuficiente de cada requisito .....	247

## III.-OTRAS CUESTIONES REGISTRALES RELATIVAS AL ASIENTO DE INSCRIPCION.

1.- Inmatriculación: Imposibilidad de inmatriculación de la propiedad superficiaria sin inmatriculación previa del suelo .....	249
2.- Problemas relacionados con el principio de especialidad.	
A.- Apertura de folio separado a la propiedad superficiaria .....	258
B.- Modificaciones de los elementos objetivos .....	265
3.- Cuestiones registrales en relación con la reversión de la propiedad superficiaria, tras la extinción del derecho de superficie. ....	268
A.- Cancelación del derecho de superficie e inscripción a favor del concedente .....	268
B.- Cancelación de oficio. ....	271

## CAPITULO CUARTO

### BREVE ANALISIS DEL CONTENIDO, EJERCICIO Y EXTINCION DEL DERECHO DE SUPERFICIE Y SU COMPARACION CON LOS ORDENAMIENTOS ITALIANO, FRANCES Y PORTUGUES.

<u>FRANCES Y PORTUGUES.</u>	274
<u>I.- INTRODUCCION.</u>	275

### II.- BREVE EXPOSICION COMPARATIVA DE LA CONSTITUCION Y DE LOS ELEMENTOS DEL DERECHO DE SUPERFICIE:

1.- Referencia a la constitución contractual y legal del derecho de superficie	276
A.- Constitución contractual	277
B.- Constitución legal	289
2.- Referencia a los elementos personales, reales y formales	293
A.- Elementos personales	293
B.- Requisitos objetivos	301
C.- Elementos formales	310

### III.- CONTENIDO Y EJERCICIO DEL DERECHO

1.-Introducción	315
2.- Derechos y obligaciones del concedente del derecho	315
3.- Derechos y obligaciones del superficiario	324

### IV.- EXTINCION DEL DERECHO.

1.-Introducción	338
2.- Causas de extinción	338
A.-Transcurso del plazo para el que fue constituido.	340

B.-Resolución del título constitutivo .....	342
C.-Otras causas .....	346
3.- Efectos derivados de la extinción .....	363
A.-Reversión .....	363
B.-Existencia o no de la indemnización tras la reversion .....	365
C.-Derechos reales y personales de los terceros constituidos por el superficiario .....	367
D.-Derechos reales de los terceros constituidos por el dueño del suelo .....	373

## CAPITULO QUINTO

### ALGUNAS CUESTIONES PARTICULARES DE LA CONCESION

#### DEL DERECHO DE SUPERFICIE ..... 379

#### I.- TEMPORALIDAD DEL DERECHO DE SUPERFICIE.

1.-Planteamiento del problema: derecho temporal o derecho perpetuo.	380
A.- Fundamento de la temporalidad en nuestro ordenamiento jurídico .....	383
B.- Situación en el Derecho Comparado .....	386
C.- Conclusiones. ....	388
2.- Plazos de duración del derecho	
A.- Introducción .....	390

B.- Regulación legal: Diversidad de plazos y fundamento de los mismos .....	390
C.- Situación en el Derecho Comparado. ....	394
D.- Naturaleza de los plazos. ....	401
3.- Estudio de la validez del pacto de prórroga del plazo.	
A.- Planteamiento de la cuestión .....	404
B.- Situación en el Derecho Comparado .....	408

## II.- REVERSION DE LA PROPIEDAD SUPERFICIARIA.

1.- Fundamento de la reversión.	
A.- Regulación legal, posiciones doctrinales y jurisprudenciales .....	413
B.- Posición del Derecho Comparado .....	417
2.- Existencia del pacto de adquisición del suelo por el superficiario.	422
3.- Reversión parcial. ....	425
4.- Pacto de conversión del derecho de superficie en arrendamiento .....	430

## III.- ONEROSIDAD O GRATUIDAD EN EL DERECHO DE SUPERFICIE

1.- Introducción .....	432
2.- Objeto de la contraprestación en el Derecho español. Exposición y comparación con la situación en Derecho Comparado. ....	433
A.- Constitución a título oneroso. ....	438
B.- Cuestiones relacionadas con la contraprestación .....	440
a.- Naturaleza de la obligación de pagar el canon .....	440

b.- Transmisibilidad de la obligación de pagar el canon .....	442
c.- Falta de pago de los cánones vencidos. Efectos .....	443
C.- Reversión gratuita de la propiedad superficiaria. ....	445
D.- Forma de la contraprestación en Derecho Comparado .....	445
E.- Constitución a título gratuito. ....	449
3.- Supresión de la obligación de indemnización .....	451

#### **IV.- FACULTAD DE DISPOSICION DEL SUPERFICIARIO Y LIMITACIONES A LA MISMA.**

1.- Facultad de disposición. ....	456
A.- Estudio legislativo, doctrinal y jurisprudencial ....	456
B.- Situación en el Derecho Comparado. ....	460
3.- Ambito de la facultad de disposición .....	462
A.- Constitución de derechos reales de goce. ....	463
B.- Constitución de derechos reales de garantía. ....	466
4.- Limitaciones a la facultad de disponer y gravar. ....	467
A.- Clases. ....	467
B.- Contenido, fundamento y efectos de las limitaciones ....	469
C.- Acceso de las limitaciones al Registro. ....	473
5.- Derechos de tanteo y retracto. ....	478
A.- Regulación legal .....	478
a.- Fundamento actual .....	480
b.- Situación en el Derecho Comparado .....	482
<b><u>CONCLUSIONES</u></b> .....	485



**BIBLIOGRAFIA**

**INDICE CRONOLOGICO DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DE LAS  
AUDIENCIAS**

**INDICE CRONOLOGICO DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE  
LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO**

## **TABLA DE ABREVIATURAS**

AAMN	Anales de la Academia Matritense y del Notariado
AC	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
AHDE	Anuario de Historia del Derecho Español
Aud.	Audiencia
BIMJ	Boletín Información del Ministerio de Justicia
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales.
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cass.	Cassazione
Comp.	Compilación de Navarra
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DSCD	Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados
Gius. Civ.	Giustizia Civile
JC	Jurisprudencia Civil.
JR	Jurisprudencia Registral
LH	Ley Hipotecaria
NEJS	Nueva Enciclopedia Jurídica Seix
P	Partida (Las partidas)
Prov	Provincial
R	Resolución
RAP	Revista de Administración Pública
RAL	Revista de Administración Local
RCDI	Revista de Derecho Crítico Inmobiliario
RDN	Revista de Derecho Notarial

RDP	Revista de Derecho Privado
RDPro	Revista de Derecho Procesal
RDES	Revista de Direito e de Estudos Sociais
RDU	Revista de Derecho Urbanístico
Rep. Aran	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
REVL	Revista de Estudios de la Vida Local
RGD	Revista General de Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
Riv. Dir. Civ.	Rivista di Diritto Civile
RH	Reglamento Hipotecario
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
RJN	Revista Jurídica del Notariado
ROA	Revista Ordem Avogados
S	Sentencia
SAT	Sentencia de la Audiencia Territorial
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
Terr.	Territorial
T.S.	Tribunal Supremo
UCM	Universidad Complutense de Madrid.

## **INTRODUCCION**

El interés que presenta el estudio de derecho de superficie obedece no sólo a la evolución de que ha sido objeto a lo largo del tiempo, sino por el importante desarrollo que ha tenido durante el presente siglo, pues de ser una institución existente únicamente en el Código Civil, ha evolucionado como figura jurídica de gran utilidad en el ámbito urbanístico.

Aquí es precisamente donde radica el principal escollo de nuestro estudio, en la coexistencia de las diferentes normativas que regulan la figura, pese a lo cual ninguna la desarrolla minuciosamente, creandose además verdaderos conflictos de jerarquía normativa, y lagunas o falta de regulación en temas importantes.

Por tales motivos, en el presente trabajo, se ha analizado la institución en relación con otros sistemas de Derecho Comparado, en realidad con los más próximos a nuestro entorno, principalmente con el ordenamiento francés, el italiano y el portugués. Todo ello sin olvidar la especialidad de la institución dentro de la Compilación Foral de Navarra. El punto fundamental de estudio, no solamente ha sido la regulación de cada uno de estos diferentes sistemas, sino principalmente los puntos de acuerdo o desacuerdo o incluso la distinta perspectiva que ha utilizado el legislador atendiendo a los diferentes intereses en juego en cada momento y en cada sistema.

En general el relanzamiento de la institución se debe al creciente desarrollo que han alcanzado las ciudades y al aumento del Suelo Patrimonio de las Entidades Municipales, cuyo fin es precisamente el fomento de las edificaciones, sin que el mismo salga de su propiedad.

Nuestro estudio se ha centrado en la investigación de la existencia del derecho de superficie dentro del marco del Código Civil, esencialmente en la búsqueda de un concepto institucional moderno desligado de otras figuras a las que se le ha considerado análoga,

principalmente de los censos.

Una vez precisado el desarrollo y cambio producido en el derecho de superficie, hemos intentado profundizar en sus caracteres básicos para llegar a alcanzar la configuración actual de la institución en nuestro ordenamiento jurídico al amparo de los dos conjuntos normativos existentes: por un lado, la regulación contenida en el Código Civil y en el Reglamento Hipotecario, y por otro lado, la legislación urbanística (en sus leyes de 1956, 1976 y 1992).

Debido a la escasa regulación en el ámbito civil, ha sido necesario proceder al estudio de la legislación urbanística, así como de la doctrina, la cual ha ido evolucionando determinada por el propio desarrollo legal. Sin olvidarnos de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo tanto de la Sala de lo Civil, como últimamente de la Sala Contencioso-Administrativa, que aunque en cierta medida escasa en la materia, aporta en algunas sentencias, sobre todo las más actuales, elementos que sirven de apoyo a nuestras tesis. También hemos recurrido a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que aunque no es propia fuente de Derecho, tiene gran arraigo doctrinal y que nos ha servido para incidir en las principales cuestiones registrales que fueron introducidas por la reforma del Reglamento Hipotecario en orden al carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie, así como los problemas relacionados con los requisitos exigidos por su artículo 16 párrafo 1º.

En realidad, como consecuencia de la falta de regulación en el Código Civil, surgen importantes cuestiones a la hora de analizar la configuración moderna de la institución, entre las cuales destaca la consideración de la propiedad superficiaria como propiedad separada; o la creación del derecho de superficie a través tanto de la concesión del ius aedificandi como por la concesión de una edificación preexistente; o, en último término, si las dos regulaciones existentes originan dos modalidades distintas, la urbana

común y la urbanística, o, si por el contrario, cabe una construcción unitaria de la institución.

Con posterioridad a este análisis, el objetivo primordial del trabajo se ha centrado en el estudio de los problemas actuales de la institución superficiaria, y su puesta en práctica, como son la temporalidad, la reversión de la propiedad superficiaria al concedente del derecho, la onerosidad o gratuidad de la institución, y, por último, la facultad de disposición del superficiario y las limitaciones a la misma.

No obstante, para comprender la institución en esta dimensión específica hemos considerado necesario hacer un planteamiento o una alusión amplia, al estudio de los modos de constitución, elementos, contenido y extinción del derecho de superficie.

Esta es en definitiva la estructura que hemos seguido en el presente trabajo, donde hemos querido exponer un tema, importante, y en cierta medida de actualidad como es el derecho de superficie.

Consideramos que el interés de la tesis no es puramente teórico, sino que tiene gran trascendencia práctica, dado el relanzamiento de la figura y los problemas que están surgiendo en la actualidad, como se deduce del incremento de sentencias que acerca de la institución ha dictado el Tribunal Supremo.

## CAPITULO PRIMERO

### EVOLUCION DEL DERECHO DE SUPERFICIE EN EL DERECHO ESPAÑOL

#### SUMARIO:

I.- BREVE REFERENCIA A ALGUNOS ANTECEDENTES HISTORICOS ANTERIORES A LA CODIFICACION. 1.- Introducción. 2.- El principio de accesión en algunos textos históricos. 3.- Derecho alto medieval. 4.- Resurgimiento del Derecho Romano en España. 5.- Leyes de Toro. 6.- Derecho posterior hasta la codificación.

II.- EL DERECHO DE SUPERFICIE EN LA CODIFICACION ESPAÑOLA. POSTURAS DOCTRINALES ANTERIORES Y POSTERIORES A LA PUBLICACION DEL CODIGO CIVIL ESPAÑOL. 1.- Introducción. 2.- Precedentes inmediatos al Código Civil. 3.- Doctrina anterior al Código Civil. 4.-Examen de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros del siglo XIX. 5.-Publicación del Código Civil: Los artículos 1611 y 1655 del mismo. (Remisión) 6.- Examen doctrinal y de las Resoluciones de la D.G.R. tras la publicación del Código Civil.

III.- RECAPITULACION.



## **I.- BREVE REFERENCIA A ALGUNOS ANTECEDENTES HISTORICOS**

### **ANTERIORES A LA CODIFICACION**

#### **1.- Introducción**

Comenzamos el estudio de la institución superficiaria, realizando un breve repaso de nuestros textos históricos. En ellos está presente el principio romano de accesión, cuya rigidez con el transcurso del tiempo se va relativizando, dando paso a la posible existencia, no sólo del dominio dividido, sino también de dos dominios sobre objetos distintos. La flexibilización de tal principio se concreta en la existencia de una construcción, de la cual es propietario el vasallo, sobre el suelo propiedad del Señor feudal.

Igualmente expondremos brevemente como la institución va a aparecer timidamente en las Partidas, unida a dos figuras, que hoy conocemos por arrendamiento y por censo enfiteúutico; y, recogeremos la existencia del retracto superficiario en las leyes de Toro y su posterior transcripción en la Novísima Recopilación.

#### **2.- El principio de accesión en algunos textos históricos.**

Iniciamos nuestro estudio, con lo que se podría considerar la primera redacción de leyes escrita en época visigoda,<sup>1</sup> esto es, el **Código de Eurico**.<sup>2</sup> Constituye la primera fuente de Derecho Romano vulgar, con influencia en el derecho español, aunque también se pueden observar rasgos germánicos.<sup>3</sup> Su finalidad fue continuar la trayectoria legislativa

---

<sup>1</sup> Sobre este tema vid. García Gallo: Nacionalidad y territorialidad del Derecho en la época visigoda (1936-1941). AHDE. T. XIII. Pag. 168 y ss.

<sup>2</sup> Así lo dice Lalinde Abadía. (Iniciación Histórica al Derecho Español. Ed. Ariel. Barcelona. 1970. Pag. 55) y D'Ors: Estudios visigóticos. El Código de Eurico. (Roma-Madrid.) 1960.

<sup>3</sup> No hay unanimidad en la doctrina en cuanto a este punto, al igual que en el carácter territorial o no del Código. No obstante, al no ser objeto de estudio dicho punto, simplemente dejamos constancia de la cuestión.

de los príncipes romanos, tras sucumbir el Imperio de Occidente.<sup>4</sup>

Lo que más nos interesa es el Título "de divisionibus" del palimpsesto parisino, donde se tratan los problemas relativos a la propiedad inmobiliaria, que derivan de la división de tierras entre godos y romanos y que consolidó el asentamiento visigodo en el territorio romano.<sup>5</sup> La división entre copropietarios, fue introducida de manera general en el Libro X Título I bajo la rúbrica "de divisionibus et terris ad placitum datis". Así, en la antigua VI, y, en relación con el reparto de las "sortes" entre galos y romanos se deduce la existencia del principio romano "superficie solo cedit", como un rastro del Derecho Romano postclásico, y su posible derogación. En ella se trata el problema de una plantación de viña (o edificación) en la tierra del consorte. De forma que si el que planta (o edifica), lo hace contra la voluntad del consorte propietario del terreno, pierde lo que plantó (o edificó); pero si lo hace con consentimiento de aquél o ignorando que el suelo es ajeno (lo que debe probar por testigos o juramento), aquella porción plantada (o edificada), se hace de su propiedad.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> D'Ors (Estudios visigóticos. Código... Cit. Pags. 1 y 2) mantiene el carácter edictal del mismo, ya que dicho texto trata de no ser una ley completa, sino una norma para aclarar puntos fundamentales, y con un valor territorial, es decir, no sólo para su aplicación entre los godos. García Gallo (Nacionalidad y territorialidad... Cit. Pag. 197) mantiene que el Código de Eurico tiene un carácter territorial, aplicándose a godos y romanos. Y ello en base a que si los primeros tienen sus propias costumbres porque introducir normas romanas, como por ejemplo las que se refieren al reparto de tierras entre ambos pueblos.

<sup>5</sup> D'Ors: Estudios visigóticos. Código...Cit. Pag. 173 y ss.

<sup>6</sup> LV 10,1,6: "Si quis domino sciente vineam in consortis terram plantaverit aut domum fecerit, vel certe si ipse qui vineam plantat vel domum facit ignoraverit quod portio sit consortis, dum hoc aut testibus aut iuramento firmaverit, aliud tantum terre parvi meriti domino illi in cuius terra vineam plantavit restituat, et qui posuit vineam securus obtineat. Si vero domino contradicente plantaverit, iuste perdat qui rem alicui domino contradicente plantavit. Similis etiam et de edificiis forma servetur". D'Ors, en la nota nº 547 recogida a pie de la página 177, afirma que esta alusión última a la aedificatio, fue interpolada por Ervigio más tarde. La razón de la referencia a la viña se debe al mayor valor

Considero importante mencionar como aparece también, en relación con la división de las sortes, el arriendo de tierras y su diferenciación de la enfiteusis, lo cual resulta como señala D'Ors de las antiquae 11 y 12. Así, el arrendamiento (antiquae 12), surge con una limitación temporal de la cesión del cultivo, y, la concesión enfiteútica, (antiquae 11), sin limitación temporal, revocable tan sólo por impago del canon.<sup>7</sup>

Años más tarde, Alarico (483-507),<sup>8</sup> promulgó para los romanos en sus dominios el **Breviario de Alarico o Lex Romana Visigothorum**, que adoptó muchas resoluciones de las leyes euricianas. Entre otras se encuentra, la Ley 4, del Título I del Libro IX,<sup>9</sup> que continúa manteniendo el principio de accesión sobre la casa edificada o la viña plantada en tierra del consorte, y la relación existente con el consentimiento otorgado, o no, por el dueño del suelo para su realización.

Por último señalar que el **Liber Iudiciorum o Lex Visigothorum** recogió la antigua

---

que representa, y de ahí su equiparación a la edificación.

También señala D'Ors (Estudios Visigóticos. Código... Cit. Pag. 177) que esta excepción fue ya conocida en el Derecho Romano vulgar, como muestra la Epitome Gai 2,I,4 al decir: "Si quis in solo nostro permissu domum aedificaverit ad eum cuius terra est domus aedificata pertineat", lo que supone que si el dueño da permiso, pierde la propiedad de la tierra plantada o edificada.

<sup>7</sup> D'Ors: Estudios Visigóticos. Código... Cit. Pag. 181.

<sup>8</sup> Barón de Schwerin: Notas sobre la historia del derecho español más antiguo. AHDE. T. I. 1924. Pags. 32 y ss.

<sup>9</sup> La Ley 4, Título I, Libro IX, recoge el siguiente principio: "Item regulaverit constitutum est, ut superposta inferioribus cedant: id est ut, si quis in solo nostro, sino nostro permissu, domum aedificaverit, ad eum, cuius terra est, domus aedificata pertineat: vel si aliquis in agro nostro arbores aut vineas vel plantas quascumque posuerit, similiter superficies solo cedat: vel si messem in campo seminauerit, aomnia haec in terram alineam iactantur, domino terrae acquirantur". Haenel: Lex Romana Visigothorum. Aalen Seicuitia. 1962. Pag. 324.

VI, del Título I del Liber X.<sup>10</sup>

### 3.- Derecho alto medieval.

En el **Fuero de León**, (999-1028)<sup>11</sup> se recogen unos preceptos, donde se expresa el derecho que tenían los solariegos<sup>12</sup> de dejar o abandonar el suelo, siempre que quisiesen, llevándose los muebles entre los que se incluyen los materiales de construcción que no están unidos al terreno. Así, la Ley XI del Fuero de León establece:

"Si vero in ea habitare noluerit vaddat liber ubi voluerit cum cavallo et atondo suo, dimissa integra hereditate, et bonorum suorum meditate."<sup>13</sup>

Muñoz y Romero afirma que el significado de "atondo" incluye tanto las alhajas, bienes muebles como semovientes. Según dicho autor, estas costumbres fueron observadas siempre en León, como se deduce de algunos fueros municipales, de las cartas de población y, de otros documentos de este reino. Pero si tomamos como hipótesis que tales materiales de construcción forman parte integrante de la edificación (por ejemplo: tejas, puertas...) podría significar en definitiva, la inexistencia del rígido principio romano

---

<sup>10</sup> Antiqua VI, Título I, Liber X: "Si vineam aut domun quis in consortis terram construxerit. Si quis domino sciente vel consentiente vineam in consortis terram plantaverit aut domun fecerit, vel certe si ipse, qui vineam plantat vel domun facit, ignoraverit, quod portuio sit consortis, dum hoc aut testibus aut iuramento firmaverit, aliut tantum terre paris meriti domino illi, in cuius terra vineam plantavit, restituat, et qui posuit vineam securus obtineat. Si vero domino contradicente plantavit, iuste perdat, qui rem alienam domino contradicente plantavit. Similis etiam et de edificiis forma servetur". Monumenta Germaniae Historica. Leges Visigothorum. T. I. 1902. Pag. 384.

<sup>11</sup> En palabras de García de Valdeavellano, (El Fuero de León. Comentarios. Madrid. 1983. Pag. 9) "se dá el nombre de Fuero de León, al conjunto de preceptos decretados por el rey de León Alfonso V (999-1028) en una asamblea política reunida en la urbe leonesa en el año 1020, aunque esta fecha es discutida..."

<sup>12</sup> Una de las figuras clave de esta época es la del solariego. Nos referimos al hombre libre sin adscripción al terreno, que a juicio de Muñoz y Romero era una especie de enfiteuta, el cual tenía un pacto con el Señor de poblar el solar y labrar sus tierras con una serie de derechos y obligaciones.

<sup>13</sup> Muñoz y Romero: Colección de Fueros Municipales. T. I. Madrid. 1847. Pag. 133.

"superficie solo cedit" entre las costumbres leonesas, que luego pasarían a formar parte del Fuero de León, Cartas Puebla, etc... Y ello porque la desaparición de tales materiales supondría, en consecuencia, la destrucción del bien inmueble que precisamente está unido al suelo.<sup>14</sup>

Junto con la existencia de Fueros de realengo, aparecen las Cartas Pueblas, cuyo elemento común es la atribución de la propiedad de los bienes inmuebles construidos por los solariegos y que se les permite llevarse (a través de los materiales de construcción) cuando deseen. Y ello resulta, a mi juicio, de entender que lo construido por los habitantes o solariegos es de su propiedad, y está realizado sobre el suelo ajeno, pues no olvidemos que éste continúa siendo propiedad del Señor.<sup>15</sup>

Igualmente, Muñoz y Romero recoge como privilegio de los solariegos, (señalando a su vez su comparación con la situación en Castilla), la facultad que éstos poseían de abandonar la tierra que labraron sin perder nada, e incluso pudiendo llevarse consigo no sólo cuanto les pertenecía, sino también vender el solar.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Hipótesis que no tendría sentido para nuestro estudio, si a lo que nos estuviéramos refiriendo fuera a materiales que no formaran parte de la edificación.

<sup>15</sup> Ejemplo de ello, lo tenemos en algunos Fueros:

- FUERO DEL HOSPITAL DE SANTA MARIA DE LA FUENTE, llamado de Don García, dado por Don Domingo III, Abad del Monasterio de Sahagún, en el año 1160, donde se señala: "...lebet que sea sunt: tectum aut domun..." (Muñoz y Romero: Colección... Cit. Pag. 135).

- CARTA DE DON PEDRO RUIZ Y SU MUJER DOÑA TERESA, que donan en 1228 al hospital de Don Gonzalo de Carrión (o de la herrada), un solar al puente de Carrión, siendo Comendador de dicho hospital Don Pedro.:  
"..E quel que y morar aya VIII días sin pagar de fincar, si no lieve todo su mueble, puertas, é uzos, e techo, e...". (Muñoz y Romero: Colección... Cit. Pag. 136).

<sup>16</sup> Todo esto aparece constatado, en el FUERO DE LOS SOLARIEGOS del lugar de Doña Limpia, dado en 1302 por Fray Pablos, Comendador del Hospital de Don Gonzalo de Carrión:

"...é que aya nueve días á que venda el solar é á que lieve lo suyo..."(Muñoz y Romero: Colección... Cit. Pag. 137)

Del estudio de todos estos fueros y cartas pueblas, se infiere a mi juicio, la existencia de dos propiedades, la del Señor que es dueño del suelo o solar, y la de los solariegos, propietarios de la casa, habitación o cabañas que ellos edifican y cuyos materiales (tales como el "uzo", techo, alhajas, muebles, puertas...) podían llevarse, símbolo en definitiva de su propiedad. Considero que el fundamento de la aparición de esta costumbre se encuentra en que nos hallamos en los tiempos de la Reconquista, momento histórico en el que hay un claro interés en que se proceda al asentamiento, incluso sobre tierra ajena -en este caso del Señor-, con la finalidad de que los solariegos se dediquen a la labranza de las mismas.<sup>17</sup>

También debemos prestar atención a los preceptos reguladores de la vida local de la ciudad de León.<sup>18</sup> En su estudio encontramos tres normas relacionadas entre sí, que se refieren a su proceso repoblador. En concreto recogen el supuesto en que los repobladores

---

Igualmente, en el FUERO DE LOS SOLARIEGOS DE QUINTANILLA DE ONSOÑA dado en 1242 por Pedro Gonzalez, Comendador del Hospital de Don Gonzalo en Carrión.

"...Et damos vos poder que podades vender los ssollares con todos sus prestamos, ssegunt que sobredicho es ffasta nueve dias é que levades todo lo vuestro en ssalvo..." (Muñoz y Romero: Colección... Cit. Pag. 137)

<sup>17</sup> Igualmente en otros fueros, las leyes animaban la agricultura y estimulaban al propietario cultivador con gloria, premios y recompensas, dispensando a los nuevos colonos de contribuciones e incluso de la obligación de acudir a la guerra. Señala Martínez Marina (Ensayo Histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Partidas de don Alfonso el Sabio. Madrid. 1808. Pag. 324) que el **Fuero de Cáceres**, con el deseo de aprovechar los valdíos y extender el cultivo a terrenos incultos, otorgaba al labrador el derecho de propiedad sobre los mismos.

<sup>18</sup> García de Valdeavellano (El Fuero de León... Cit. Pag. 9 y ss), afirma que el mencionado fuero está compuesto esencialmente de dos tipos de preceptos, los veinte primeros son los decretados por Alfonso V en una asamblea política reunida en León, para su aplicación en todo el país de León y Galicia, las restantes veintiocho normas, son únicamente reguladoras de la vida local en la urbe leonesa. (Entre las que están las tres normas que nos interesan para nuestro estudio).

de la urbe habían edificado sus casas sobre solares que no les pertenecían y sin el consentimiento del dueño del solar. Tierras propiedad de leoneses, que durante el asolamiento de la ciudad por los musulmanes, habían logrado huir de la ciudad.

La primera de la serie es la ley **XXVI** que establece que:

"Quien tuviese casa en solar ajeno y no tuviese caballo o asno, que dé al dueño del suelo una vez al año diez panes de trigo y media cañadilla de vino y un lomo bueno, y que tenga el señor que quisiese y que no venda su casa, ni fuerce su labor por coacción. Pero si quisiese por su voluntad vender su casa, que dos cristianos y dos judíos aprecien su labor y si el señor del suelo quisiese dar el precio que tasaren, que se lo dé y también su alboroque. Y si no quisiese, el dueño de la labor venda su labor a quien quisiese."

Dentro del orden y la finalidad de todos los preceptos encaminados a dar facilidades a los nuevos repobladores, se admite la conservación de las casas edificadas sin consentimiento del dueño del solar, a cambio de prestarle una serie de servicios y pagándoles unas modestas rentas. Se otorgaba la posibilidad de elegir al señor que se quisiese, evitándose así que los dueños de esos solares se pudiesen erigir en señores sobre dichos repobladores. En la ley se detalla, incluso, cuales pueden ser las prestaciones que han de otorgarse al dueño del solar, concretadas en una renta en especie. También se regula el supuesto de que el dueño del solar quisiera adquirir la casa o construcción erigida por el repoblador en su solar, siempre dentro de su justo precio, pero sin que esta compra suponga una obligación por parte del dueño de la construcción. Si el dueño del solar no quisiera comprarla, el que la edificó también podía venderla a quien quisiera.

Esta claro la existencia de dos propiedades independientes, la del dueño del solar, y la del repoblador que edifica su casa o construcción en solar ajeno, y que incluso puede perpetuar esta división de propiedades si quiere vender la construcción a otra persona distinta del dueño del solar.

De los términos de esta ley y de las siguientes se crea una relación jurídica compuesta por una serie de prestaciones señoriales, las cuales derivan de la condición de

las personas que intervienen en la relación, encontrándose además vinculadas entre sí, por el hecho de haber realizado una construcción sobre solar ajeno.<sup>19</sup>

Pero lo que más nos interesa es que parece demostrarse la inexistencia del principio de accesión, en las costumbres leonesas llevadas luego a un cuerpo normativo con trascendencia, como es el Fuero de León, y la existencia de dos propiedades cuyos objetos son diferentes. No obstante, se puede apreciar que continúa vigente la consideración de la importancia del suelo sobre la "labor" realizada, pues el propietario del edificio tiene la obligación de prestar determinados servicios al señor del suelo, aunque ambas propiedades sean diferentes.

Los preceptos siguientes regulan diversos supuestos, pero siempre dentro de la esfera de esta norma que acabamos de detallar. Así la ley XXVII, establece que:

"Si un caballero de León tuviese casa en suelo de otro, que dos veces al año vaya a la junta con el señor del suelo. Así digo: de tal manera que en ese mismo día pueda haber regresado a su casa, y que tenga el señor que quisiere, y que haga de su casa así como arriba está escrito, y que no le dé nuncio a ningún señor."

El punto central de comentario reside en que la prestación varía debido a la condición del que ha construido sobre solar ajeno: un noble, y como tal, no ha de pagar una renta en especie al dueño del solar sobre el que edificó, sino que su prestación consiste en acompañarle a la junta, únicamente durante un día.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Prestaciones que se convertirán en cargas reales gravando la propiedad. Podríamos pensar que se trata de un supuesto de enfiteusis, y ello porque se hace compatible la propiedad superior y la propiedad inferior (dominio directo y dominio útil). Sin embargo no debemos olvidar, y aquí reside la distinción principal, que de estas leyes se deduce la existencia de una propiedad del "constructor" claramente separada de la propiedad del dueño del suelo; edificación que puede incluso ser vendida al dueño del suelo. Además, en este caso el dueño de la construcción es propietario únicamente de la edificación, mientras que de ser considerado enfiteuta lo sería de la construcción y del suelo, aunque eso sí sólo del dominio útil.

<sup>20</sup> También existe un intento de distinguir la relación jurídica que regula esta Ley con los señoríos propios de la época feudal, pues en el régimen señorial de la Edad Media, el



Por todo ello podría deducirse que lo que en realidad tenía el noble sobre la edificación, aunque en esta época sea muy aventurado señalarlo, era un "derecho de propiedad separada", resaltando además la inexistencia de su obligación de pagar el nuncio.

Por último, la Ley XXVIII, regula otro supuesto con una prestación diferente. Así, se establece:

"Mas quien no tuviese caballo y tuviese asnos que también dos veces al año dé sus asnos al señor del suelo, de tal manera que en el mismo día pueda haber regresado a su casa, y que el señor del suelo dé sustento a él y a sus asnos; y tenga el señor que quisiese y haga de su casa así como arriba está escrito."

Debemos señalar la importancia que tuvo el Fuero de León, pues fue adoptado en distintos lugares, entre ellos en Santiago de Compostela, aunque aquí nunca constituyó su ordenamiento total.<sup>21</sup>

En esta ciudad, unido a la tradición peregrina del Camino de Santiago, surgió con fuerza un gremio, el llamado de los concheros, que posteriormente se transformaría en azabacheros, cuyo trabajo consistía en la fabricación y venta de conchas con las imágenes del Apostol. Debido a la importancia y auge de dicho negocio, el Arzobispo Don Pedro Suarez de Deza, trató de cortar los abusos que se estaban produciendo a través de un documento en el que se consideraban enfiteutas a los concheros.<sup>22</sup> Con posterioridad, dichas tiendas fueron cedidas para siempre y rebajada su pensión por el Arzobispo D.

---

nuncio era la prestación que el poseedor de una tierra de dominio ajeno debía satisfacer al dueño o señor para, cuando moría, poder transmitir en herencia a sus descendientes su derecho de disfrute sobre la misma. Garcia de Valdeavellano (El Fuero de León... Cit. Pag. 90) mantiene que a esta prestación se le dió el nombre de nuncio, por ser satisfecha al anunciarse la muerte del poseedor al Señor.

<sup>21</sup> Lalinde Abadía: Iniciación histórica... Cit. Pag. 85.

<sup>22</sup> Estos eran poseedores de tiendas en un número limitado, cedidos por la Santa Iglesia Compostelana, a cambio de una pensión, y por un plazo de 30 años, de forma que, al abandonar el puesto éste pasaría a la Iglesia.

Bernardo II.<sup>23</sup> Pero lo que más nos interesa es que se zanján las disputas entre los concheros y el Arzobispo, considerándose a los primeros enfiteutas, por ser poseedores de negocios en tierras de la Santa Iglesia Compostelana y que, a su vez, usaban derechos que correspondían a la Iglesia. Debemos resaltar, por consiguiente, la existencia del censo enfiteúutico en los orígenes del ámbito urbano.

No hay que olvidar tampoco, las consideraciones de que gozaban los prelados compostelanos en la tierra de Santiago, puesto que sus relaciones (de vasallaje o de mutua concordia) con los señoríos enclavados en dicha comarca, fueron elevados a la categoría de leyes por Fernando II.<sup>24</sup>

En dichas leyes se mencionaba que:

"Los que en dicha tierra, sin haber pedido y obtenido el consentimiento del Arzobispo y de la Iglesia, osaren levantar y edificar torres o cualesquiera otras fortalezas, tanto ellos como los que les hubieren prestado asenso a tal presunción, serán privados en pena, del dominio del solar, si es que fuese suyo, el cual solar con la torre o fortaleza en él levantada y construida, será aplicado al dominio y potestad del Arzobispo y de la Iglesia compostelana".<sup>25</sup>

Continuando con el estudio del Fuero de León, debemos hacer constar que fue

---

<sup>23</sup> López Ferreiro: Fueros Municipales de Santiago y de su tierra. T. I. Santiago. 1895. Pags. 107 a 112.

<sup>24</sup> Junta celebrada con su curia en Benavente en el año 1180, el 26 de Julio. Sobre el tema vid. López Ferreiro: Fueros municipales... Cit. Pags. 166 y 167.

<sup>25</sup> Del texto transcrito considero importante resaltar varios matices. Por un lado, la posible transmisión del solar propiedad de nobles, caballeros o personas privilegiadas y de las construcciones (torres, fortalezas) por ellos levantadas, a manos del Arzobispo, si tales edificaciones no han contado con su consentimiento. Lo que demuestra el poder tan grande de la Santa Iglesia Compostelana, en cuyas manos recaía la propiedad de la mayor parte de las tierras, que para la construcción de edificios sobre suelo de propiedad diferente, es imprescindible su consentimiento. Y por otro lado, se habla ya de edificar en tierra ajena, con carácter general, frente a las alusiones al orden agrario de épocas anteriores donde sólo se hacía referencia a la plantación de viñas o árboles, lo que demuestra el cambio económico que se está produciendo, a la vez que se señala que estamos en un enclave urbano y foco inicial de la Reconquista.

concedido también a otras ciudades, entre ellas a Pajares,<sup>26</sup> y a Castrocalbón. Aunque cada uno tiene sus especialidades también tienen disposiciones coincidentes, como las que se refieren a las roturaciones, plantaciones y construcciones que los vecinos realicen en las tierras del Señor. De esta forma, se reconoce el derecho del morador de vender su casa y su labor, reconociéndose, a su vez, el derecho de preferencia del Señor en relación con cualquier otro comprador, sobre el valor en que se tasen la casa y la labor.<sup>27</sup> Parece tener lugar, por consiguiente, la derogación del principio de accesión.<sup>28</sup>

Ante la multiplicidad de fueros nobiliarios y locales existentes, se hace necesario la existencia de un texto legal que lleve a cabo la unificación del Derecho. Así es como nace el **Fuero Real**,<sup>29</sup> que recoge con gran rigidez el principio de accesión romano "superficie solo cedit" dentro de la Ley I, Título IV, Libro III, cuando trata "de las labores

---

<sup>26</sup> García Gallo (El Fuero de León. Su historia, textos y redacciones. AHDE (1969). T. XXXIX. Pag. 143), mantiene que el Fuero de León fue concedido a Pajares por Alfonso VII, en 1143. En el mismo sentido Gibert (El Derecho Municipal de León y Castilla. AHDE. T. XXXI. (1961). Pag. 698) señala que Alfonso VII, concedió a Pajares de los Oteros, el Fuero de León: "Facio vobis carta de foro de legione" y extracta las disposiciones, penales, procesales y económicas de aquél; pero no el privilegio judicial.

<sup>27</sup> García Gallo: El Fuero de León... Cit. Pag. 78.

<sup>28</sup> Jerónimo González (El derecho real de superficie. Madrid. 1922. Pags. 75 y 76) mantiene la existencia, en este momento histórico, como antecedente de derecho de superficie, de zahurdas y asientos para la cria de puercos o ganados en las Ordenanzas de los Concejos, que corresponden a las cabañas de los pecuarii romanos, aunque señala que son cuestiones que no tienen apoyo alguno por la inexistencia de documentos. También Guilarte Zapatero (El Derecho de Superficie. Ed. Aranzadi. Pamplona. 1966. Pag. 70) confirma la existencia de edificios al lado de las catedrales cuya finalidad era la de satisfacer las necesidades del culto tales como la venta de objetos piadosos, habitación de tejedores, azabacheros, bordadores, labrantes, albañiles... que gozan de un derecho de superficie, al tener sus casas en terrenos de la Iglesia.

Ambos autores señalan con caracter general, que se trata de manifestaciones superficiarias reguladas por los cánones de la enfiteusis.

<sup>29</sup> Fuero Real del Rey Don Alonso el Sabio. Real Academia de la Historia. Año de 1836. Lex Nova 1979. Pag. 70.

e de las particiones". En ella se obliga a que si alguien plantase viña, árboles o hiciese otra labor en tierra ajena, la pierda pasando a manos del Señor de la heredad.<sup>30</sup>

A continuación se habla de las labores realizadas por un "condueño o condueños" en tierra común. Aquél que realiza la plantación debe devolver la misma extensión y calidad de la tierra que ha sido usada por él a la otra parte o condueño. Si no hay una tierra que reúna tales características, se procederá a la partición tanto de la tierra como de la labor realizada entre los condueños. De esta forma, el que no dió su consentimiento, o no supo de la existencia de la plantación, se aprovecha de la misma pasando a su poder.<sup>31</sup>

En último término, se recoge en la ley el supuesto de aquella persona que vende, cambia o dá, una tierra que no es suya, y el que la recibe hiciere una labor en ella, y no supiere que era de otro. En tal caso, si el dueño de la tierra no impide la realización de la misma, el que recibe la tierra se convierte en su dueño. Y en cuanto a la persona que enajenó lo que no es suyo, debe devolver al dueño el doble de tierra que enajenó.<sup>32</sup>

Posteriormente **Lo Codi**, trata la institución superficiaria, por primera vez en nuestro Derecho histórico, en el Libro VIII Título 9 usando además esa denominación bajo la rúbrica "De superfficiaris, quier dezir de aquel que ha una cosa en tierra de otro." Así

---

<sup>30</sup> Fuero Real. Ley I, Título IV, Libro III:

"Si algun ome pusiere viña en tierra ajena, quier defendiendogelo el señor quier non, pierda la viña el que la puso e sea del señor de la heredad, et esto mismo sea si pusier arboles o ficer otra labor."

<sup>31</sup> "Et si alguna destas cosas ficer en tierra o en heredad que aya de consouno con otros e non sea partida, o si fuere partida e non lo sopiere, dél otra tanta tierra e tan buena de aquella que an de consouno: et si non la oviere y, partan aquella tierra e la labor, e cada uno dé su parte de la costa."

<sup>32</sup> "Et si alguno vendiere o camiare o diere tierre ajena a otre que non sopier que es ajena, e aquel que la recibiere pusiere viña en ella o arboles, o otra labor ficiere, e el dueño lo sopiere e la non contradixier, aya la tierra e lo que en ella fizo este que la recibió, e aquel que la enagenó peche la tierra doblada a su dueño." Solución idéntica a la recogida por el Código de Eurico, en la antigua VI, Título I, Libro 10.

comienza explicando que:

"El superfficiaris, id est quien a una cosa bastida sobre la tierra d'otro con la voluntat d'aquel de quien es la tierra, puede demandar aquella cosa de todos omes si el non tien aquella cosa por fuerça o en ascondida o por ruego d'aquel que mueve el pleyto, e puedese defender de quien es la tierra si él a pagado o si él es aprestado de pagar aquello que el deve dar por la tierra". (Libro VIII, 9, 1).

De esta forma, se le otorga al superficiario una protección real, ya que expresamente se señala que tiene una casa en tierra ajena, con consentimiento del dueño del solar, pudiendo defenderla contra todos, siempre que hubiera pagado al dueño de la tierra.

Igualmente, se establece como abuso todo lo que se realice por terceras personas frente al superficiario.

"Aquel ome que mueve el pleyto sin razón al superficiario del bastimento que el a fecho sobre la tierra d'otro, deve emendar todo el daño que él a, por aquello que ome non se la dexa tener en paz." (Libro VIII, 9, 2).

En el último inciso se intenta aproximar, a mi juicio, la figura al arrendamiento, al hablar de alquiler, pues se afirma que:

"Aquel ome es lamado superficiario que a una cosa bastida sobre la tierra d'otro e de cada año a aquel de quien es la tierra un precio en aloguer, assí como son XII dineros o XIIss o mas o menos". (Libro VIII, 9, 2).<sup>33</sup>

Además de este título 9, también trata la figura cuando se ocupa de los interdictos, en el Libro VIII Título 3, otorgándose protección posesoria a los superficiarios al igual que al superficiario y al enfiteuta.

"Aquel que avia casa sobre la tierra d'otro y que es lamado superfiçiaro, e atales omnes son -que dan algo cada año- e tales que non dan ren si non quando ellos ganan la cosa, e pueden demandar por aquesta razón, si ellos son echados de la teneçion." (Libro VIII, 3, 4).<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> Arias Bonet: Lo Codi en castellano. Edición y estudio preliminar de Arias Bonet. U.C.M. Seminario Derecho Romano. 1984. Pags. 395 y 396.

<sup>34</sup> Arias Bonet: Lo Codi... Cit. Pags. 390 y 391.

#### 4.- Resurgimiento del Derecho Romano en España

En el **Código de las Partidas** la institución superficiaria no se contiene en una única Partida, o en un título, siendo en concreto en la Partida 5ª, dedicada a la contratación, donde aparece la figura.

Alfonso X el Sabio, además de Derecho Romano Justiniano y canónico, introduce en las Partidas la tradición castellana, tomada de los códigos generales y locales de este reino. De ahí que recoja entre otras cosas, el estudio de los **señorios**, lo que demuestra y deja constancia de su importancia en esta sociedad medieval.

Así, en primer lugar recogemos la Ley III, Título XXV, Partida IV donde se señala que:

"El solariego tanto quiere decir como home que es poblado en suelo de otri: et este atal puede salir quando quisiere de la hereditat con todas las cosas muebles que hi hobiere mas non puede enagenar aquel solar nin demandar la mejoría que hi hobiere fecha, mas debe fincar al Señor cuyo es..."<sup>35</sup>

Según la opinión de Guilarte,<sup>36</sup> se desprende de esta ley que el solariego no se hace dueño de las construcciones realizadas en terrenos adjudicados por el señor. Introduciéndose, así mismo, una dificultad, como es la imposibilidad de demandar "la mejoría que hi hobiere fecha". Dicho autor piensa que se intenta establecer una relación más duradera con el señor, al dificultarle la marcha del territorio.

Por otro lado, podríamos pensar que esta regla se encuentra dentro de la misma línea de pensamiento del Fuero de León y Cartas Pueblas, que anteriormente hemos transcrito y analizado, en donde a los solariegos cada vez se les otorgaban más facultades, permitiéndoseles su marcha del fundo del señor cuando quisiesen con todas sus cosas

---

<sup>35</sup> Gregorio López: Las siete Partidas. BOE. Madrid. 1974.

<sup>36</sup> Guilarte: El derecho de superficie... Cit. Pag. 71

muebles (tales como los elementos de construcción).<sup>37</sup>

Es acertada la opinión de Guilarte ya que la razón de ser del espíritu del Fuero de Leon se encuentra en que data de la época de la Reconquista, momento en el cual el solariego formaba parte importante de los asentamientos de los núcleos de población reconquistados a los musulmanes. Así, se les permitía vender el solar y llevarse los materiales de construcción, puesto que en definitiva suponía lo iba a emplear en la edificación de otra construcción. En el momento de vigencia de las Partidas, parece ser que no es tan importante reconquistar ni realizar asentamientos,<sup>38</sup> y ésta puede ser la razón por la cual desaparece la facultad o el privilegio que tenía el solariego de enajenar el solar, lo que, por otra parte, no significa que por ello deje de ser propietario de la construcción, teniendo lugar la existencia de dos propiedades.<sup>39</sup>

Lo que hoy llamamos institución superficiaria se recoge en la Ley XIX, Título VIII, Partida V, la cual señala que:

"Aviendo arrendado algund ome o alogado a otro, casa o heredamiento, a tiempo cierto, si el señor della, la vendiere ante que el plazo sea cumplido, aquel q la comprare, bien puede echar della alque la tiene alogada mas el vededor q sela logo, tenuto es de tornarle tata parte del loguero quanto tiempo finca que se devia della aprovechar. Pero dos casos son, en que el arrendador de la cosa arrendada, non podría ser echado della maguer se vendiesse. El primero es, si fizo pleyto, con el vendedor quando sela vendio, q no le pudiesse echar della al que la toviessse logada, fasta que el tiempo fuesse coplido a que la logo. El segundo es, quando el vendedor la oviesse logada, para en toda su vida, de aquel a quien la logara, o para siempre, tan bie del, como de sus herederos. Ca por cualquier destos casos, non la podria enagenar, para poder le echar della, al que la tenia logada, o arrendada: ante dezimos, que deve ser guardada la postura."

---

<sup>37</sup> Idea que recoge Tomás Romero, como anteriormente hemos constatado en su Colección de Fueros... Cit. Pags. 137 y 138.

<sup>38</sup> Aunque no olvidemos que la Reconquista termina en 1492 y estamos en 1254 o 1256.

<sup>39</sup> Para un estudio de los diferentes tipos de propiedad medieval vid. De los Mozos: El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica. EDESA. 1993. Pag. 23 y ss.

Se introduce sin su denominación, surgiendo unida al arrendamiento y con gran parecido a la enfiteusis. El arrendamiento de que trata esta ley, según Guilarte "pudiera dar lugar a un derecho de superficie, puesto que el adquirente (de la casa o heredad) no puede desahuciar al inquilino-superficiario.<sup>40</sup> No obstante, uno de los caracteres básicos de la figura, es la duración "(casa o heredad) que estuviese alquilada para toda su vida o para siempre, tanto para él como para sus herederos".<sup>41</sup>

Gregorio López,<sup>42</sup> señala que la expresión "non modicus tempus o longum tempus", hace que el arrendamiento transfiera el dominio útil. Afirmación que, por otro lado, da pie para poder señalar la existencia del derecho de superficie a la sombra de la enfiteusis.<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> Guilarte: El derecho de superficie... Cit. pag. 73.

<sup>41</sup> Esta confusión de instituciones recogida en las Partidas se debe a que el texto no se aparta de la tradición romana, ya que en sus orígenes la institución superficiaria también se conectó al arrendamiento.

González Martín (El derecho real de superficie... Cit. Pag. 76) opina que "las Partidas, que con tanto cariño siguen los precedentes romanos, omiten la regulación característica de la superficie, la cual, no obstante entra en nuestra legislación a la sombra de la enfiteusis y de los arrendamientos <para en toda su vida de aquél a quien se logara, o para siempre también del, como de sus herederos>. Pero debemos hacer notar que no se traducía la expresión usual *non modicum tempus o longum tempus*, bien que con alguna indecisión afirma Gregorio López, estos arrendamiento por largo tiempo transfieren el dominio útil".

<sup>42</sup> Gregorio López: Glosa "su vida", a la Ley 19, Título 8, Partida V. "transit enim utile dominum ex tali conductione ad longum tempus.."

<sup>43</sup> De los Mozos (El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística. Madrid. 1974. Pag. 74), recoge el testimonio de otros autores como Covarrubias, que entienden que este texto implica también una protección real basada en el Título "De superficiebus" del Digesto, y ello porque se le niega al sucesor del arrendador la posibilidad de echar al inquilino si el arrendamiento se ha concertado para toda su vida o para siempre, es decir, por largo tiempo. Según Covarrubias "secundo, etiam successor singularis non poterit expellere colonum, nec inquilinum, si res conducta fuerit ad longum tempus..."

Se niega por tanto al sucesor a título singular del dueño, la facultad de desahuciar al inquilino, si el arrendamiento fuera por largo tiempo.



No hay que dejar de señalar tampoco, la Ley XXVIII, Título VIII, Partida V, donde se regula el censo enfiteúutico sobre cosa urbana.<sup>44</sup> Ni tampoco la Ley XXIX, donde se declara el derecho de preferencia en favor del señor del dominio directo, en caso de enajenación del dominio util:

"Aquel que tiene la cosa a censo si la oviere a enagenar que la deve vender al Señor ante que a otro queriedo dar tanto por precio por ella como da otro ome".<sup>45</sup>

El rígido principio romano de accesión "**superficie solo cedit**" es recogido en varias Partidas. Pero es en la Ley XIV, Título V, Partida V, donde podría pensarse en la posibilidad de una enajenación separada de las construcciones o de las plantaciones cuando el molino, casa, edificio o plantaciones queden derruidos.<sup>46</sup> En este precepto se declara la nulidad de la venta cuando el edificio o las plantaciones queden derruidos o sean quemados, pues el objeto mismo de la venta radica en las construcciones o plantaciones, aunque no esté afectado el suelo. Enajenación separada que se observa con mayor nitidez

---

<sup>44</sup> Ley XXVIII, Título VIII, Partida V:

"De las cosas que toman los omes a censo a quien pertenece el daño dellas, si se pierden como deven ser pagado el censo".

<sup>45</sup> Ley XXIX, Título VIII, Partida V:

"Enagenar, e vender puede la cosa, aquel que la recibio a censo. Pero ante que la venda, deve lo facer feber al Señor, como la quiere vender, e quanto es lo quel dan por ella. E si el Señor le quiere dar tanto por ella, como el otro, entonces, la deve vender ante a el que a otro. Mas si el Señor dixesse, q le non queria dar tanto. o lo callasse fasta dos meses, que le non dixesse si lo quiere facer, o non: dende adelante, puede la vender a quien quisiere: e non le puede embargar aquel que sela dio a censo que lo non faga. Pero deve la vender atal ome de quien pueda el Señor auer el censo, tan ligero como del mismo..."

<sup>46</sup> Ley XIV, Título V, Partida V:

"Como deve valer o non la vendida que fuesse fecha de molino o de casa, o de otro edificio derribado: o arboles arrancados." En esta ley se habla por un lado del valor de la venta de casa, molino o de otro edificio cualquiera o de los árboles. Igualmente se declara la nulidad de la venta, si el objeto constituido ciertamente por <cosas superficiarias>, estuviese destruido totalmente o en su mayoría.

en la glosa que hace Gregorio López de esta Ley, cuando explica el término "no valdría".<sup>47</sup>

Señala Guilarte,<sup>48</sup> que debería ser válida la venta en cuanto se refiere al suelo, por ser éste la cosa principal, pero la nulidad tiene como fundamento el deseo del comprador de adquirir la casa, y al no existir, no puede producirse venta alguna. De esta forma, cuando se impone un censo sobre edificio, viña u olivar, con la obligación de pagar las pensiones, si las cosas, olivos o las cepas desaparecen, cesa la obligación de pagar las pensiones, sin que sea suficiente la existencia del area o solar para la continuación de la obligación. A mi parecer de esta Partida se deduce que continúa vigente el principio de accesión romano, y ello porque el objeto de la transmisión no lo constituye solamente las edificaciones o plantaciones sino también se tiene en consideración la superficie sobre la que se alzan.<sup>49</sup>

Por otro lado, de los Mozos,<sup>50</sup> mantiene que la protección posesoria debería aprovechar al superficiario en conexión análoga con lo dispuesto en favor de los que tienen alguna heredad o feudo en usufructo o censo y que se establece en la Ley V, Título XXX,

---

<sup>47</sup> Gregorio López, glosa "no valdría". Ley XIV, Título V, Partida V: "facit ad istos census modernos qui venduntur super vineis, vel dominus, qui imponuntur ratione aedificiorum & arborum & vitium & destructis aedificiis, seu arboribus, non debeatur census respectu areae".

<sup>48</sup> Guilarte: El derecho de superficie... Cit. Pag. 72.

<sup>49</sup> Opinión a la que también llega Guilarte (El derecho de superficie...Cit. Pag. 73) cuando señala que "no se concibe la posibilidad de la venta aislada de suelo y edificio, sometiendo a nulidad la transmisión en los dos extremos; y que sin embargo adquiere mayor relieve la cosa superficiaria pues puede llegar a producir, si se encuentra deteriorada, la nulidad de la transmisión en cuanto al suelo que es la cosa principal".

<sup>50</sup> De los Mozos: El derecho de superficie... Cit. Pag. 75.

Partida III.<sup>51</sup> Sin embargo, continúa señalando como esta regulación no beneficia a los que tienen las cosas arrendadas, ya que en esta Ley se puede distinguir entre posesión (los que tienen a feudo algún heredamiento o en usufructo) y detentación (labradores, yugueros o arrendatarios).

#### 5.- Leyes de Toro.

Aparece la Institución en la Ley 74 que dice así:

"Cuando concurrieran a sacar la cosa vendida por el tanto, el pariente mas propincuo con el señor del directo dominio, ó con el superficiario, o con el que tiene parte en ella, porque era comun, prefierase en el dicho retracto el señor del directo dominio y el superficiario, y el que tiene parte en ella al pariente mas propincuo."<sup>52</sup>

La doctrina discrepa en cuanto a la interpretación de esta Ley, ya que frente a unos autores que establecen el criterio de preferencia de estas personas, otros niegan la existencia real del mismo. Lo que sí parece que esta claro, al menos a mi juicio, es que la ley establece el retracto superficiario. Sin embargo, al no existir ninguna norma complementaria, se aproxima el derecho de superficie a la figura más común y conocida: la enfiteusis.

Se regula la superficie dentro del molde del censo enfiteutico, hablándose incluso del dominio dividido, y considerándose al superficiario dueño útil, y al dominus soli señor del dominio directo. Claramente, la ley 74 trata de decidir la preferencia de dos personas

---

<sup>51</sup> Ley V, Tít XXX, Partida III:

"Labradores o yugueros, o los que tienen arrendadas, o alogadas cosas ajenas, comoquier que ellos sean apoderados de la tenencia dellas; pero la verdadera possession es de aquellos en cuyo nombre tienen el heredamiento, E porende, quanto tiempo quier que ellos las tuviessen assi, non ganarian el señorío por ello. Pero aquellos que tienen a feudo algund heredamiento, o han ende el usufructo dello, o lo tinen a censo, dando cosa cierta por ello cada año, si fueren apoderados de aquellos heredamientos, ganan la possession dellos: pero en saluo finca el señorío a sus dueños: de manera, que estos atales por tal tenencia como esta non ganan la propiedad dellas, quanto tiempo quier que las tengan."

<sup>52</sup> LLamas y Molina: Comentario critico-juridico-literal a las ochenta y tres Leyes de Toro. Madrid. 1852. Pag. 543.

con diferente derecho cuando fueren a usar el derecho de retracto. Siguiendo la letra de esta Ley, generalmente cuando concurrían dos parientes, era preferido el más "propincuo".<sup>53</sup> Pero cuando concurren dos personas, una apoyándose en el parentesco, y otra en su acción real, por ser señor del dominio directo o del útil o tener parte en la cosa, en este supuesto es preferido éste, al pariente más "propincuo". En resumen, la Ley da prioridad al derecho dominical frente a los derechos de parentesco.

A mi juicio, el fundamento de este principio se encuentra en que la ley tiende a la consolidación de los dominios, pues está claro que aún distinguiendo entre superficiario y señor del dominio directo, persiste la idea del dominio dividido.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> Pacheco: Comentario Histórico- crítico y jurídico a las leyes de Toro. Madrid. 1876. Pag. 421.

<sup>54</sup> LLamas y Molina (Comentario... Cit. Pag. 544) se pregunta sobre la preferencia que tienen entre sí el señor del dominio directo, el superficiario y el comunero, pues si un superficiario vende la cosa que goza en superficie, y concurre a sacarla por el tanto, ¿quien tiene preferencia: el señor del dominio directo, o el consocio superficiario? En este caso, la tendrá el señor del dominio directo, ya que tanto al enfiteuta como al superficiario se le prohíbe enajenar la cosa sin consentimiento del señor directo, bajo pena de nulidad, y aún tendrá que esperar dos meses a que se le conceda la licencia. Podemos observar en la solución apuntada, la equiparación entre superficiario y enfiteuta, pues no se considera a aquél propietario de la cosa sino que necesita del consentimiento del señor del dominio directo para su enajenación.

Pero la cuestión continúa, pues en el caso de que sea el señor del dominio directo el que venda la cosa, y concorra a retraerla no sólo un consocio del dominio directo sino también el superficiario de la cosa, ¿quien tiene la preferencia? Aquí hay diversas opiniones. **Albornoz** señala que es el condomino del dominio directo, basándose en la imposibilidad de darle el retracto al señor útil contra el directo que es señor de propiedad, pues el dominio útil debe obedecer al directo, ya que la propiedad absorbe y consume la posesión. En este planteamiento se está poniendo el énfasis en que el superficiario es poseedor frente al señor directo que es señor de propiedad. **Molina** sostiene lo contrario, basándose en argumentaciones prácticas de consolidación de dominio. Le critica su falta de solidez en la argumentación, ya que si el señorío útil obedece al directo, no supone ningún impedimento para establecer la correlación que el dominio útil tiene con el directo, y todo porque ambos son partes esenciales del dominio pleno y absoluto. De la misma opinión es **Pacheco** (Comentario Histórico-crítico y jurídico a las leyes de Toro. Madrid. 1876. Pag. - 422).

Creo que dicho autor parece atisbar las diferencias entre la figura del censo entiteúico y de la superficie, aunque sin llegar a concretar nada. Por eso afirma que el dueño superfi-

En el comentario que hace Llamas y Molina a esta Ley, se señala cómo el dominio útil del superficiario se adquiere en virtud de contrato por medio de la entrega y no por pacto de perpetuidad. Mantiene que la mencionada ley no dispone de cuanto tiempo el señor del directo dominio debe usar del derecho de retracto contra el superficiario. Y afirma que el derecho de superficie lleva aparejada la prestación de un canon, al igual que en el contrato enfiteúutico. Critica la distinción que hace Gómez de si hay o no canon en el contrato para señalar diferencias de plazo, basándose en que la causa que movió al citado autor a inventar la distinción referida no fue otra que la de conciliar las leyes citadas (el Derecho regio -el Fuero y Partida- con el Derecho romano).<sup>55</sup>

#### **6.- Derecho posterior hasta la Codificación.**

La **Nueva Recopilación** menciona la institución superficiaria en el Ley XXIII, Título XI, Libro V bajo la rúbrica, "De las Ventas, compras y retratos del tanto por tanto

---

ciario tiene un título superior a los demás, porque el valor de su derecho es mayor que, por ejemplo, el del condomino del dominio directo que sólo obtiene una renta (representando menos en esa finca que el superficiario).

<sup>55</sup> "Por no expresarse en esta Ley de Toro el tiempo en que el señor del directo dominio debería usar del derecho de retracto contra el superficiario, propone Gomez en el número 31 resolver esta duda, y para ello distingue dos casos, a saber: cuando el superficiario no paga pensión alguna al señor del directo dominio, y el otro cuando tiene obligación a satisfacerla. En el primer caso afirma que el señor del directo dominio debe usar del retracto dentro del término de nueve dias, y da por razón que no pagando pensión el superficiario podía vender libremente la superficie sin sujetarse a la disposición de la ley civil y real que se han citado. En el segundo caso pretende que antes de que el superficiario venda la superficie debía avisar al señor del directo dominio, por si quería comprarla y esperar por dos meses su resolución con arreglo a lo prevenido en las expresadas leyes". Num. 26

Posteriormente señala LLamas y Molina (Comentario... Cit. Pag. 547 y 548) que "aunque a primera vista parece fundada la distinción de Gómez, si bien reflexiona que tiene más de ingeniosa que de solida, y es contraria a derecho...". Su argumentación se basa en que "es constante que el contrato de superficie, no menos que el de enfiteusis, lleva por su esencia y naturaleza la prestación de la pensión al señor del directo dominio"... Num. 27.

del patrimonio, o abolengo". Dicha ley recoge expresa e íntegramente la Ley 74 de Toro.<sup>56</sup>

Posteriormente, en 1805 se publicó la **Novísima Recopilación de las Leyes de España** donde se reproduce la copia exacta de la Ley 74 de Toro en la Ley VIII, Título XIII, Libro X.<sup>57</sup> Dentro de este texto se incluyó la Real Orden de 20 de agosto de 1757, en donde se previno:

"Que siempre que cualquiera dueño de las casas del Real sitio de Aranjuez quiera vender alguna o algunas, sea obligado a hacerlo saber a los oficios de dicho Real Sitio, para que dando ellos noticia de ello, pueda S. M. tomarlas por el tanto, como dueño del suelo en que están edificadas, y cuando no las quiera, se tome la razón de la persona a quien se venden o enagenen, sabiéndose por este medio, que no se contraviene a la condición de que no pasen a manos-muertas".

La existencia de dos dominios es patente ya que en principio se menciona al dueño de las casas, y por otro lado, a Su Majestad, que es dueño del suelo en donde están edificadas. Son dos propiedades distintas, no se habla de plazos, sólo de la necesidad de volver al dueño del suelo el edificio, y sólo cuando el dueño de ésta desee vender.

La Ley IV, Título XXIII, Libro VII, recoge el Real Decreto de D. Carlos IV, dictado en Aranjuez el 28 de abril de 1789, donde se contienen las reglas que debían observarse en Madrid para aumentar el número de habitaciones y "el fomento de la construcción, y

---

<sup>56</sup> El supuesto que estudia es: "A quien debe otorgarse la cosa cuando concurren en la venta, el pariente con el señor del dominio directo, el superficionario, o el condueño (que tiene parte de ella), se debe preferir según el siguiente orden: el señor del dominio directo, el superficionario, el que tiene parte en ella al pariente". Nueva Recopilación. Vol. II. Lex Nova 1982. Pag. 29.

<sup>57</sup> Ley VIII, Título XIII, Libro X.:

**Preferencia del señor del directo dominio, y del que tenga parte en la cosa, al pariente mas "propincuo" para retraerla.** "Quando concurren en sacar la cosa vendida por el tanto el pariente mas propincuo con el señor del directo dominio, ó con el superficionario, ó con el que tiene parte en ella, porque era común, prefíerese en el dicho retracto el señor del directo dominio, y el superficionario, y el que tiene parte en ella al pariente mas propincuo".

la mejora del aspecto público de Madrid". Para alcanzar sus objetivos, podría pensarse en que se hace uso de la institución superficiaria, aunque se confunda con la enfiteusis. Hemos llegado a esta conclusión porque en el texto legal se hace referencia a la realización de construcciones sobre solar ajeno, y recordemos que en el censo enfiteutico no existe un solar ajeno, sino que el enfiteuta es dueño útil del mismo otorgándosele el poder de mejorar, y, por consiguiente, de realizar cuantas obras quisiese pero existiendo siempre un dueño directo del mismo.<sup>58</sup> Aunque en un principio se habla de "poseedores de casas baxas...", y sin olvidar que parte de la doctrina considera al superficiario desde la Ley 74 de Toro como poseedor, la disposición objeto de estudio le otorga la propiedad separada del suelo y, consiguientemente, la libre disposición de lo nuevamente edificado, razón por la cual podríamos considerar que estamos ante un derecho de superficie y no de un censo enfiteutico.<sup>59</sup> Y ello porque aunque literalmente se emplea el término de poseedor, se mantiene -y esto es lo que considero más digno de resaltar- la facultad de disposición de "lo nuevamente edificado", o lo que es lo mismo se distinguen dos dominios sobre objetos claramente diferenciables.

En la misma línea seguida y aquí expuesta, se recoge en la Ley XX, título XXIV,

---

<sup>58</sup> Igualmente se dispone que aquellas personas que son los actuales poseedores de solares o casas bajas y que hayan edificado o realizado obra nueva sobre el suelo que pertenezca a mayorazgos, capellanías... pasarán a pertenecer las mismas al dueño del suelo, aumentándose el canon, pero a su vez se aumentan las facultades del poseedor de la obra nueva, pues se le concede la libre disposición de "todo lo restante que pudiera rendir de más por razón de lo nuevamente edificado."

<sup>59</sup> Por otro lado es obligado hacer referencia a la gran iniciativa de Carlos IV, para el fomento de las construcciones, que establece claramente la posibilidad de pactar un censo reservativo con aquellas personas que procedan a ejecutar la obra, si se negasen los poseedores del suelo, o patronos (dueños del suelo) en el término de un año.

Esto lo expresa el Real Decreto de 28 de abril de 1789, así: "si no executaren esta nueva obra dichos poseedores o patronos dentro del término de un año, se conceden los mismos solares o caxas bajas a censo reservativo a quien quiera obligarse a executarla".

Libro VII, el Real Decreto de 28 de abril de 1793, sobre "aprovechamiento de los montes de Extremadura y fomento de su plantío". Así, se establece, en primer lugar, la separación de la propiedad del suelo con la del vuelo, obligándose a la reconducción de la propiedad de los árboles a las manos de los dueños del suelo. En caso de que el dueño del suelo no quiera comprar el arbolado, (existencia de la propiedad separada del mismo) puede tomarlo en enfiteusis, marcándose el censo o cuota por el valor que tuviere en venta.

Se impone, como obligación precisa para acceder al dominio del arbolado o a su enfiteusis, la necesidad de disfrute del monte, porque si no serán preferidos al vecino, y en su defecto al comunero (clara influencia de la prelación señalada por la ley 74 de Toro, Nueva y Novísima Recopilación). En último lugar, se establece que si el dueño del suelo no quisiese ni comprar, ni tomar en enfiteusis el arbolado deberán arrendarse los montes (ambos dominios) por el plazo de 10 años.<sup>60</sup>

---

<sup>60</sup> Otras leyes que pueden tener alguna relación con la institución superficiaria, son las que abordan la materia de arrendamiento de casas en Madrid, los cuales se presumían perpetuos. Así, en la Ley VIII, Título X, Libro X, se regulan los arrendamientos para tratar de cortar los abusos de los inquilinos en detrimento de los arrendadores, intentando liberalizar los derechos de los arrendadores para que los arrendamientos no se prolongasen indefinidamente.

Aunque a su vez, se conceden facultades a los arrendatarios, para que una vez terminado el tiempo de su inquilinato, sean preferidos frente a cualquier otro.



## **II.- EL DERECHO DE SUPERFICIE EN LA CODIFICACION ESPAÑOLA.**

### **POSTURAS DOCTRINALES ANTERIORES Y POSTERIORES A LA PUBLICACION DEL CODIGO CIVIL ESPAÑOL.**

#### **1.- Introducción**

Para examinar el derecho de superficie en la Codificación vamos a seguir un criterio cronológico. La tarea con la que iniciaremos este apartado consistirá en localizar la Institución en los diferentes Proyectos y Anteproyectos del Código Civil español, y, su introducción en la Legislación Hipotecaria.

Posteriormente, estudiaremos la noción que de dicha institución tenía la doctrina anterior al Código Civil, y que logicamente va a influir en la publicación del Código. Finalizaremos con el examen de la doctrina del s. XIX y principios del s. XX ulterior al Código Civil.

#### **2.- Precedentes inmediatos al Código Civil.**

En el **Proyecto de 1836**<sup>61</sup> se recogen en la Exposición de Motivos, algunos puntos dignos de mención. En primer lugar, y con una clara influencia histórica, se mantiene la concesión del derecho de retracto al enfiteuta y al señor del dominio directo cuando venden los derechos que respectivamente les corresponden en la cosa enfiteútica, a menos que al constituirse la enfiteusis hubieran pactado lo contrario.<sup>62</sup> Aunque expresamente no se habla del derecho de superficie, y teniendo en cuenta que todavía, debido al momento histórico algunas figuras jurídicas no están muy claramente delimitadas, (o tal vez debido

---

<sup>61</sup> Nada se establece, con respecto al derecho de superficie en el **Proyecto de Código Civil de 1821**, pues únicamente la Comisión encargada de los trabajos, publica un proyecto de Título Preliminar y una parte del Libro Primero.

El Proyecto de Código de 1936 regula los Censos en el Libro III, Título V, arts. 1276 y ss. Lasso Gaité: Crónica de la Codificación española. Codificación Civil. Vol. II. Ministerio de Justicia. Comisión General de Codificación. Madrid. 1970. Pag. 89 y ss.

<sup>62</sup> Lasso Gaité: Crónica... Cit. Pag. 106.

al criterio medievalista de la propiedad dividida que desde las Partidas se ha mantenido), puede aplicarse perfectamente este derecho de retracto también a la institución que estudiamos.<sup>63</sup>

Debemos destacar cómo, dentro del contrato de arrendamiento, la Comisión Codificadora poniendo la vista en la **Real Cédula de 26 de mayo de 1770** (recogida en la Ley III, Título X, Libro X de la Novísima Recopilación)<sup>64</sup> mantiene la libertad de pactos entre el dueño de las tierras, fundos y propiedades y los colonos, durante el tiempo estipulado en los contratos. Se trata de una regulación liberalizadora tanto de los arrendamientos rústicos como urbanos,<sup>65</sup> que desfavorece a los colonos para acabar con las trabas a la libre circulación de las propiedades.<sup>66</sup>

Tras el estudio del arrendamiento que se realiza en la Exposición de Motivos del

---

<sup>63</sup> No hay que olvidar que en la Ley 74 de las Leyes de Toro se otorga este derecho de retracto no sólo al enfiteuta sino también al superficiario. Y así se dice expresamente.

<sup>64</sup> **Real Cédula de 26 de mayo de 1770** "Los dueños de tierras y posesiones puedan arrendarlas libremente con las calidades que se expresan".

<sup>65</sup> En el art. 1200 del Proyecto, no se concedía a los colonos los derechos de tanteo, tasa o prórroga tácita. Finalizándose el arrendamiento por cumplimiento del plazo. (Proyecto de 1836. L.III. Tit.II. tomado del Lasso Gaité: Crónica... Vol.I. Madrid. 1970. Pag. 135 y 136).

Alvarez Vigaray (Los proyectos del Código Civil en la primera mitad del siglo XIX. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. N<sup>o</sup> 19. Madrid 1988. Pag. 149), comentando dicho precepto, mantiene en cuanto a los arrendamientos **rústicos**, "que los dueños de las tierras quedan en libertad para hacer el arrendamiento de ellas como mejor les convenga, y según pacten con los colonos; que éstos no tengan derecho de tanteo ni de tasa ni el de ser mantenidos en el arrendamiento más de lo que durase el tiempo estipulado; y que pasado éste no se entienda continuado tacitamente el arrendamiento." Y en cuanto a los **urbanos**, aunque liberaliza los derechos de los arrendadores, concede a los arrendatarios la facultad de ser preferidos a habitar la casa, a cualquier otro, cuando concluya el tiempo del inquilinato.

<sup>66</sup> Recogemos este punto, pues no hay que olvidar cómo el derecho de superficie se utilizó durante el régimen feudal, donde el Señor otorgaba a sus colonos determinados privilegios, los cuales no tenían ninguna razón de existir en el siglo XIX.

citado Proyecto, se pasa a hablar de los censos, comenzando con el enfiteútico:

"que aunque a primera vista parece un arrendamiento de larga duración, es de muy distinta naturaleza, por cuanto en el enfiteusis se traslada al enfiteuta el dominio útil y en consecuencia debe pagar las contribuciones y demás cargas que tiene sobre sí la finca, lo cual no sucede respecto del arrendatario".<sup>67</sup>

Como obra fundamental en nuestra historia jurídica,<sup>68</sup> el **Proyecto de 1851**, nos ofrece unas veces la fuente de inspiración de las Instituciones que, posteriormente, aparecerán en el Código Civil (todo ello de acuerdo con la Base nº 1 de la Ley de 11 de mayo de 1888), y otras veces algún punto de interés. Esto último es lo que ocurre con la figura objeto de estudio. Debemos partir de la concreción del principio de accesión de los bienes inmuebles en su artículo 401.<sup>69</sup> Así, lo edificado, plantado y sembrado en terreno o fincas ajenas, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos. Disposición que, no obstante, se encuentra modificada por los preceptos siguientes, "los cuales respectivamente imponen al propietario la obligación de abonar lo edificado y demás contenido en este artículo".<sup>70</sup>

A mi juicio supone la vuelta a la rigidez del principio romano de accesión, de modo que, si se edifica o planta en suelo ajeno, el propietario debe abonar el coste de la edifica-

---

<sup>67</sup> Lasso Gaité (Crónica...Cit. Pag. 108 y 109) recoge de la Exposición de Motivos cómo se hace hincapie en la obligación del pago del laudemio al dueño útil, el cual llegó a convertirse en un gravamen absurdo e insoportable. De manera que, en el presente proyecto se establece que en lo sucesivo no se pacte "el enfiteusis" con dicho gravamen.

<sup>68</sup> De Castro: Derecho Civil de España. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1955. Pag. 209.

<sup>69</sup> Art. 401: "Lo edificado, plantado y sembrado en terreno o fincas ajenas, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos, con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes". García Goyena: Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español. (Madrid. 1852). Ed. Lacruz. Zaragoza 1974. Pag. 212.

<sup>70</sup> García Goyena: Concordancias... Cit. Pag. 212.

ción o plantación realizada. Y ello porque todas las obras y plantaciones se presumen hechas por su propietario, puesto que una de las reglas de Derecho es que "lo accesorio se presume siempre de la misma condición que lo principal".

Por otro lado en este Proyecto, frente al anterior de 1836 que regulaba en el Título V del Libro III el censo, y posteriormente sus tres clases -enfiteútico, reservativo y consignativo-, el de 1851, en el Título X del Libro III, hace referencia a los censos bajo la rúbrica "de los censos y otros contratos análogos". En él, se contiene las disposiciones comunes a los censos (Cap.I), y posteriormente, sólo las relativas al censo consignativo (Cap.II) y al reservativo (Cap. III).

El por qué de la desaparición del censo enfiteútico,<sup>71</sup> se debe a que tras concluir Zúñiga la ponencia articulando las tres clases de censos, la Sección de lo Civil de la Comisión General de Codificación acordó tras su estudio, 24 bases para la redacción de los censos consignativo y reservativo, y otra adicional -que es la que más nos interesa-, para la supresión del censo enfiteútico.

El tenor literal de dicha base adicional es el siguiente:

"Siempre se transfiere el dominio al adquirente, cualquiera que sea el nombre que se dé al contrato como enfiteusis, foro, rabassa morta, **superficie** o cualquier otro."

Esta base, es pues, el origen del artículo 1.563 que bajo el título de las disposiciones aplicables a los censos de cualquier especie, foros y otros gravámenes análogos, constituidos con anterioridad a este Código, y a modo de cajón de sastre, introduce expresamente el derecho de superficie, considerándole como un gravamen perpetuo.<sup>72</sup> En sus comenta-

---

<sup>71</sup> Lasso Gaité: Crónica... Cit. Pag. 227 y 228

<sup>72</sup> ~~Artículo 1.563:~~ "En cuanto a los censos enfiteúticos, foros, subforos, **derechos de superficie** o cualesquiera otros gravámenes perpetuos de igual naturaleza constituidos antes de la promulgación del Código civil, se observarán las reglas siguientes:

1ª- Podrán redimirse por los terratenientes, pagando el capital de la imposición; y

rios García Goyena<sup>73</sup> explica la necesidad de regularizar la redención de los censos constituidos anteriormente bajo otros nombres y que formaban diversas especies.

Del estudio que hasta aquí hemos realizado, podríamos decir que el derecho de superficie tiene una vida precaria sin desarrollo independiente, ya que su existencia se encuentra vinculada intimamente a los censos, y en particular, al enfiteútico como modalidad de éste.

Sin embargo, a mi juicio el cambio se va a producir con la publicación de la **Ley Hipotecaria de 1861**.<sup>74</sup> A partir de este momento, el derecho de superficie va a tener

---

si este no fuere conocido, abonando por capital, laudemio, luismo y cualesquiera otros derechos dominicales, la cantidad que resulte, computada la pensión al respecto de 33 y 1,3 al millar, o sea 3 por 100.

2ª- Si la renta o pensión se paga en frutos, se estimarán estos, para computar el capital, por el precio medio que hubieran tenido en el último quinquenio.

3ª- Los terratenientes pueden enajenar libremente el dominio útil; y en los casos en que, con arreglo a la legislación vigente y a lo pactado, tendrá lugar el laudemio o luismo, o cualquiera otro gravamen de esta clase, no podrá exigírseles mas que la cincuenta parte o dos por ciento del precio de la venta.

4ª- Mientras los terratenientes satisfagan el canon o pensión, y demás gravámenes que hasta ahora vengán pagando, no podrán ser inquietados en el goce de las fincas afectas a su pago.

5ª- Lo dispuesto en el artículo 1.551, es aplicable a los censos, foros y demás derechos de que se trata en este capítulo.

6ª- Las cuestiones sobre la cuantía del canon o pensión, se resolverán con arreglo a la que se hubiere venido pagando en el último quinquenio.

7ª- Tanto los terratenientes como los perceptores de las pensiones o gravámenes, podrán usar del retracto legal en toda transmisión de sus respectivos derechos.

8ª- En las herencias por testamento o sin él, se considerarán los derechos de los terratenientes, como todos los demás derechos reales, y por lo tanto divisibles entre los herederos, con sujeción a las disposiciones comunes sobre herencias.

9ª- El contrato en cuya virtud el dueño del suelo ha cedido su uso para plantar viñas, y por el tiempo que vivieren las primeras cepas, fenece de derecho a los sesenta años, si no se ha estipulado lo contrario, bien se conserven las primitivas en todo o en parte, o bien se hayan plantado otras.

<sup>73</sup> García Goyena: Comentarios... Cit. Pag. 814.

<sup>74</sup> El análisis pormenorizado de la Ley Hipotecaria de 1861 en relación con este punto, va a ser realizado en el Capítulo Tercero de este Trabajo.

un tratamiento autónomo, desligado de aquella forma censal; aunque hay autores que la van a seguir estudiando dentro del apartado de los censos.<sup>75</sup>

Ya, en la Exposición de Motivos de dicha ley, calificada como luminosa,<sup>76</sup> se habla del derecho de superficie o del derecho de edificar en fundo ajeno, resolviendo problemas concretos que la afectan y no únicamente mencionándola, como hemos visto que sucedía en los proyectos del Código Civil.

Dicha Exposición de Motivos recoge, bajo el apartado de las hipotecas cuyos efectos están restringidos, dos matizaciones que entiendo son importantes: en primer lugar, y con carácter innovador en una ley, establece que el principio de que "el edificio como accesorio cede al suelo que es lo principal, se aplica de diferente modo" pues es posible su derogación.<sup>77</sup>

En segundo lugar, tiene en consideración el problema de la hipoteca del edificio construido en suelo ajeno, admitiéndose que ésta sólo puede limitarse al derecho que tiene el superficiario sobre suelo ajeno ya que en caso contrario se perjudicaría al dueño del terreno.<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup> Ramos: La Legislación Hipotecaria en forma de sinopsis. Madrid. 1883. Pag. 15.

<sup>76</sup> Díez Picazo: Fundamentos de Derecho civil Patrimonial. Vol II. 2ª ed. Tecnos. Madrid. 1986. Pag. 265.

<sup>77</sup> Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861. Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia. 1861.

*"La primera restricción que el proyecto establece se refiere al que hipoteca el edificio que ha construido en suelo ajeno. El principio de que el edificio como accesorio cede al suelo, que es lo principal, se aplica de diferente modo, atendida la buena o mala fe del edificante, o los convenios que pueda haber entre el que es dueño de la superficie y el que lo es del alzado".*

<sup>78</sup> Continúa la Exposición de Motivos:

*"Sin resolver cuestiones ajenas a una Ley especial de Hipotecas, no podría la Comisión entrar en tales apreciaciones, pero no debía dejar de consignar el principio de que la Hipoteca del edificio construido en suelo ajeno no modifica en nada el derecho*

Dejando a un lado la Exposición de Motivos y entrando ya en su parte articulada, la Ley Hipotecaria aunque no menciona expresamente al derecho de superficie en su artículo 2 párrafo 2º,<sup>79</sup> cuando declara cuales son los derechos inscribibles en el Registro y en la misma línea de los razonamientos anteriormente señalados en su Exposición, sí la declara hipotecable en su art. 107- 1º y 5º del Título V, cuando trata de las hipotecas en general y de las restricciones de las mismas.<sup>80</sup>

Todo esto, a nuestro juicio, nos lleva a formular dos conclusiones: por un lado, que estamos ante un derecho existente en la realidad, con vida propia y desligado de los censos, puesto que la Ley cuando habla del derecho de superficie no menciona a aquellos. Y por

---

*común, ni hace de peor condición al dueño del solar, sino que se entiende limitado siempre por la voluntad del hipotecante y del acreedor hipotecario al derecho que aquél tiene, como lo exige la moral, la buena fe y el respeto que debe tenerse en todos los contratos a los derechos que existen al celebrarlos. Pasar de aquí sería autorizar al edificante a que con un hecho suyo pudiera perjudicar gravemente al dueño del terreno que es el que tiene la presunción de serlo también del edificio."*

"El proyecto contiene otras restricciones... en la hipoteca de los derechos reales de superficie, pastos, leñas y otros semejantes, la de que siempre quedan a salvo los derechos de los partícipes en la propiedad, doctrina conforme a los principios generales del derecho, y que aunque sin sanción expresa, sin duda prevalecerá en la práctica"...

<sup>79</sup> Ley Hipotecaria de 1861: Art. 2 apartado 2º:

"En el registro expresado en el artículo anterior se inscribirán: Apartado 2º: Los títulos en que se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipotecas, censos, servidumbres y cualesquiera reales".

<sup>80</sup> Ley Hipotecaria de 1861. Art. 107:

Apartado 1º: "El edificio construido en suelo ajeno, el cual, si se hipotecare por el que lo construyó, será sin perjuicio del derecho del propietario del terreno y entendiéndose sujeto a tal gravamen solamente el derecho que el mismo que edificó tuviere sobre lo edificado".

Apartado 5º: "Podrán hipotecarse, pero con las restricciones que a continuación se expresan:

Los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real, siempre que quede a salvo el de los demás partícipes en la propiedad".

Hay que hacer constar que en la **actual Ley Hipotecaria**, estas últimas palabras han sido suprimidas. Por otro lado, señalar que ambos apartados de este artículo no fueron objeto de modificación ni en la **Ley de 1869**, ni en la posterior **reforma de 1909**.

otro lado, que no hay duda de su carácter de derecho real enajenable, puesto que en el art. 105 del mismo cuerpo legal, señala precisamente que sólo pueden hipotecarse los derechos reales enajenables.<sup>81</sup>

Con el fin de desarrollar la Ley Hipotecaria se publicó el **Reglamento Hipotecario de 1863**, seguido por la reforma de **1870**. En ambos textos legales, únicamente se hace referencia a la inscripción del derecho de superficie, en su art. 27.<sup>82</sup>

Con posterioridad y como consecuencia del sentir foralista con respecto a la no supresión del censo enfiteútico, Alonso Martínez se ve obligado a su restablecimiento en la base 11ª del Proyecto de la Ley de Bases que presentó al Senado en su segundo proyecto de forma expresa, (puesto que el primero no tuvo fortuna).<sup>83</sup>

En sesiones posteriores para la discusión de las bases presentadas, García Goyena<sup>84</sup> expuso las consideraciones tanto de carácter legal como social, para el fomento de la agricultura y por ser la forma de propiedad de muchas comarcas de España, las cuales hacían necesaria la incorporación de este censo al Código civil.

---

<sup>81</sup> Art. 105 L.H.:

"Las hipotecas sujetan directa e inmediatamente los bienes sobre que se imponen, al cumplimiento de las obligaciones para cuya seguridad se constituyen, cualquiera que sea su poseedor".

<sup>82</sup> Reglamento Hipotecario de 1863:

Art. 27: "En toda inscripción relativa a fincas en que el suelo pertenezca a una persona y el edificio o plantación a otra, se expresará con claridad esta circunstancia."

Este precepto que fue **introducido** por el R.H. de 1863, y **mantenido** por el de 1870, fue posteriormente **suprimido** por el Reglamento de 6 de Agosto de 1915.

<sup>83</sup> Base 11ª: "Se establecerá el censo enfiteútico, suprimido por el proyecto de Código Civil de 1.851, haciendo en los derechos dominicales las reformas que la experiencia aconseja, pero sin perder de vista la extensión y variedad que este derecho ha adquirido en algunas provincias de España; y respetando en beneficio de la agricultura y de la industria, los efectos y derechos nacidos del uso de la costumbre y de la voluntad de los particulares."

<sup>84</sup> Lasso Gaité: Crónica... Cit. Pag. 390 y 391



Más tarde se redactaron los Libros I y II del **Anteproyecto de Código Civil de 1882-1888**,<sup>85</sup> y su Exposición de Motivos. Nos interesa destacar el Libro II, porque se introduce, en el art. 361, el principio de accesión:

"Lo edificado, plantado y sembrado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes."<sup>86</sup>

Posteriormente, se redactó el Libro IV, donde se regularon los censos; en concreto en la Sección Segunda del Capítulo II, bajo la rúbrica, "de los foros y otros contráto análogos al de enfiteusis".

Así, el art. 53 dispuso que:

"Los foros y cualesquiera otros gravámenes de naturaleza análoga que se establezcan desde la promulgación de éste Código, cuando sean perpetuos, se regirán por las disposiciones establecidas para la enfiteusis en la sección que precede. Si fueren temporales o por tiempo limitado, se estimarán como arrendamientos y se regirán por las disposiciones relativas a este contrato".<sup>87</sup>

Este precepto tiene como precedente inmediato, y así puede verse por su redacción, al artículo 1563 del Proyecto de 1851. Sin embargo, no se menciona al derecho de superficie, perdiéndose "la pista" de la institución, aunque podemos decir que se encuentra en un "estado de vida latente", pues en la Ley de Bases del Código Civil,<sup>88</sup> se introduce de nuevo su denominación en la Ley 26, para establecer la necesidad de su redención, junto con "otros gravámenes semejantes".

---

<sup>85</sup> Vid. Peña Bernaldo de Quirós: El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888). Centenario de la Ley del Notariado. Sección IV. Vol. I. Reus. Madrid. 1965.

<sup>86</sup> Lasso Gaité: Crónica... Cit. Pag. 583.

<sup>87</sup> Peña Bernaldo de Quirós: El Anteproyecto... Cit. Pag. 628.

<sup>88</sup> Código Civil. Edición Oficial. Ley 26 de mayo de 1889. Madrid. Ministerio de Gracia y Justicia. 1889. Ley de Bases del Código Civil publicado el 11 de mayo de 1888. Pag. 20.

Dicha Ley establece que:

"...una ley especial desarrollará el principio de la reunión de los dominios en los foros, subforos, **derechos de superficie** y cualesquiera otros gravámenes semejantes, constituidos sobre la propiedad inmueble".

### 3.- Doctrina anterior al Código Civil

La doctrina anterior al Código Civil,<sup>89</sup> coincide en afirmar que el derecho de superficie es simplemente una forma censal, análoga al censo enfiteútico, y por ello, muchos de los autores<sup>90</sup> dedican su estudio a la enfiteusis, sin detenerse apenas en la superficie.

Benito Gutiérrez expone con toda claridad la diferenciación entre ambas figuras, pues viene a decir, recogiendo el pensamiento de su época, que al verse obligado el superficiario a pagar un canon al dueño del suelo se asemeja a la enfiteusis, aunque también reconoce que puede haberse transmitido la superficie por donación, compra y legado sin imponer pensión en cuyo caso "el superficiario se ha hecho dueño y puede disponer de ella", aunque señala que esa situación no es muy probable.<sup>91</sup>

Falcón parte de la consideración del derecho de superficie como una prestación de

---

<sup>89</sup> Así, García Goyena: Febrero o librería de Jueces, abogados y escribanos. T. III. 2ª ed. corregida por D. Joaquín Aguirre y Don Juan Manuel Montalbán. Madrid. 1844. Pag. 267; Gutiérrez Fernández: Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español. T. II. Lex Nova. Madrid. 1863. Pag. 629; Gómez de la Serna y Montalbán: Elementos de Derecho civil y penal de España. T. II. 9ª Ed. Madrid. 1870. Pag. 332; Gómez de la Serna: Curso Histórico Exegético del Derecho Romano comparado con el Español. Tomo II. 3ª ed. Madrid. 1874. Pag. 313; Domingo de Morato: Derecho Civil español con las correspondencias del Romano. Valladolid. 1877. Pag. 447; Fernández Elias: Novísimo tratado histórico filosófico del Derecho civil español. Madrid. 1880. Pag. 591 y Falcón: Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral. T. II. 2ª ed. Salamanca. 1882. Pag. 300

<sup>90</sup> García Goyena: Febrero... Cit. Pag. 267; Fernández Elias: Novísimo tratado... Cit. Pag. 585; Domingo de Morato: Derecho Civil español... Cit. Pag. 447.

<sup>91</sup> Gutiérrez Fernández: Códigos o estudios... Cit. Pag. 630.

carácter censal, y en concreto una variedad del censo enfiteúutico. Y ello porque considera al superficiario como dueño útil de un predio ajeno. A su juicio la distinción entre ambos derechos se encuentra en que aquella es menos extensa que la enfiteusis ya que ni se constituye en toda clase de predios, ni tiene por objeto hacer productiva una finca inculta. También señala que lo singular, y que explica su constitución, es que el edificio que se levanta en suelo ajeno, no se hace del dueño de este suelo, sino que es del edificante, el superficiario, quien adquiere el dominio útil y, con él, el derecho a edificar.<sup>92</sup>

En resumen, aunque se reconoce el derecho de propiedad del superficiario sobre la edificación, se la califica como dominio útil, en base a la consideración del dominio dividido y por su parecido al censo enfiteúutico.

Parece ser que la semejanza con el censo enfiteúutico viene fomentada por la Ley 8ª, Título XIII, Libro X de la Novísima Recopilación (que recoge íntegramente la Ley 74 de Toro), ya que en dicha norma, cómo ya hemos visto, se equipara al superficiario con el enfiteuta, al establecer la preferencia del primero frente al comunero o al pariente más "propincuo".

Al llevar a cabo un estudio de la doctrina anterior al Código, observamos como ante la inexistencia de regulación detallada de la figura, los autores<sup>93</sup> ponen su mirada en el Derecho Romano, donde la institución está claramente delimitada.

Así, al hablar de la superficie parten del estudio etimológico de la institución,<sup>94</sup>

---

<sup>92</sup> Falcón Tellez: Exposición doctrinal... Cit. Pag. 300.

<sup>93</sup> Gómez de la Serna y Montalbán: Curso histórico exegético... Cit. Pag 313; Gutiérrez Fernández: Códigos... Cit. Pag. 629.

<sup>94</sup> Gutiérrez (Códigos... Cit. Pag. 630) señala que superficie es todo lo que está sobre la faz de la tierra, por ejemplo una casa, si se trata de cosas urbanas, árboles y vides si se trata de cosas raíces.

Gómez de la Serna y Montalbán (Curso histórico exegético... Cit. Pag. 313) afirman que

para adentrarse en su definición, afirmando que "puede suceder que el dueño de un terreno ceda a otra persona el derecho de superficie, en cuyo caso el superficiario adquiere sobre ella casi todos los derechos que competirían al dueño al no haber hecho la concesión, sin que por esto sea dueño, pareciéndose más su carácter al de un usufructuario".<sup>95</sup>

Continúan sus exposiciones, estableciendo los modos de constitución de la institución, los derechos y deberes del superficiario, e incluso hablan de los puntos en común y de las diferencias de esta figura con respecto a las servidumbres personales y prediales.<sup>96</sup>

En cuanto a los modos de constitución, se precisa que el derecho de superficie nace a través de contrato ordinario (compra), o de última voluntad (legado), de forma gratuita, o a título oneroso. De este modo el superficiario, se hace dueño (util), pudiendo disponer libremente de su propiedad.

Al ser considerada en esta época como una figura próxima al censo enfiteúutico, se señala que el superficiario es el propietario de la superficie, pero se la considera como un supuesto de dominio dividido. Así, en palabras de Benito Gutiérrez, "como consecuencia de ello (se está refiriendo al sentido etimológico de la figura), sólo cabe la existencia del dominio dividido, correspondiendo al señor del suelo el dominio directo, teniendo el

---

por superficie se entiende todo lo que sobresaliendo del suelo de un predio, forma una sola parte con él.

<sup>95</sup> Gómez de la Serna y Montalban (Curso histórico exegético... Cit. Pag 313) mantienen con carácter innovador su semejanza con otra figura que no es el censo enfiteúutico, como hace la mayoría de la doctrina, cuando otorgan un carácter análogo del superficiario en relación con su dominio con el usufructuario. Pero a su vez introducen en la confusión reinante en torno a la Institución objeto de estudio, a una figura nueva: el **usufructo**.

<sup>96</sup> La Serna y Montalban afirman que la superficie se diferencia de las servidumbres personales, en que aquella es trasmisible a los herederos, y de las prediales, en que pueden constituirse en favor de una persona.

superficiario sólo el útil".<sup>97</sup> De esta forma, el superficiario como dueño útil, y mientras pague la pensión, puede disponer del edificio, enajenarle (tanto entre vivos como por causa de muerte), hipotecarle por el tiempo que dure su derecho, o imponer sobre la superficie servidumbres. Igualmente debe satisfacer las cargas e imposiciones que gravan la superficie, y los gastos que ocasione.

Para Fernández Elias, la característica clara del derecho de superficie, es que consiste en una edificación sobre suelo ajeno, a cambio de una pensión otorgada al señor directo.<sup>98</sup> Tesis que no es mantenida por otra parte de la doctrina,<sup>99</sup> que introduce la posibilidad no solamente de edificar sino también de cultivar sobre finca ajena.

Lo que parece que si está claro es que la utilización de la figura era predominante en las edificaciones, aunque nos encontramos con que el censo enfiteútico, cuyo fin primordial era el cultivo de tierras, también se utilizaba para la construcción de edificaciones.<sup>100</sup>

Pese a la analogía entre ambas figuras jurídicas, se establecen algunos puntos de

---

<sup>97</sup> Gutiérrez: Códigos... Cit. Pag. 630.

<sup>98</sup> Afirmación en la que se olvida que también cabe la existencia de una superficie rústica. Fernández Elias: Novísimo tratado... Cit. Pag. 591.

<sup>99</sup> Falcón (Exposición doctrinal... Cit. Pag. 300) señala que este derecho concede a una persona el dominio útil de un predio ajeno, para el efecto de edificar o plantar...

Lo diferencia de la enfiteusis, porque considera que este derecho no se puede constituir sobre toda clase de predios, ni su objeto es hacer productiva una finca inculta.

También mantiene que lo singular de este derecho, contra la regla común de derecho, es levantar un edificio en suelo ajeno.

<sup>100</sup> Así lo expone García Goyena, (en su Febrero o librería de Jueces... Cit. Pag. 269), donde recoge formularios de censo enfiteutico utilizados para la construcción de edificaciones como consecuencia del aumento de vecindario: "...pertenecen en posesión y propiedad (D. Francisco) diferentes tierras libres..., las cuales determinó dar a censo enfiteútico para el aumento de su vecindario a varias personas... para fabricar en ella casa habitable..."

diferenciación entre ellas,<sup>101</sup> como por ejemplo, la falta de "condiciones onerosas en la superficie, existentes en la enfiteusis como son la fadiga, el luismo y el comiso".

Falcón llega a la conclusión de que la importancia del derecho de superficie radica en que la construcción se levanta en suelo ajeno, siendo de propiedad de quien la realizó.<sup>102</sup>

En conclusión, estas afirmaciones constatan claramente, a mi juicio y tras lo señalado, la existencia de dos dominios, aunque todavía es muy pronto para afirmar que estamos en realidad ante dos dominios separados, cuyo objeto en cada uno de ellos es distinto, (uno es dueño del suelo, y otro de la superficie o vuelo) y no sobre una propiedad de un mismo objeto (suelo y vuelo) dividida (en útil y directa).<sup>103</sup> De ahí que la doctrina sólo pueda entender a la figura dentro de los tipos censales, donde hay una división del dominio. Lo que a su vez supone continuar con la tradición histórica de aproximación de la figura a la enfiteusis, motivado por lo que a mi juicio es "su aparente analogía exterior". En definitiva, la solución mayoritaria a la que se llega es a otorgar el dominio directo al propietario del suelo, y el útil al superficiario.

Por lo que respecta a la posición de la doctrina respecto a los dos apartados del art. 107 de la Ley Hipotecaria, que más adelante, en el Capítulo III, analizaremos detenidamente, hay que decir que Pantoja y Lloret admiten de entrada que el propietario del suelo tiene a su favor el precepto legal de que lo accesorio sigue a lo principal, y, por consi-

---

<sup>101</sup> La Serna y Montalbán: Curso Histórico exegético... Cit. Pag. 313; y Falcón: Exposición doctrinal... Cit. Pag. 300.

<sup>102</sup> Falcón (Exposición doctrinal... Cit. Pag. 300) opina que "lo singular de la Institución y lo que explica su constitución, es que el edificio que se levanta en suelo ajeno, no se hace del dueño de este suelo, sino que es del edificante".

<sup>103</sup> Tesis que es mantenida actualmente por la doctrina.

guiente, tiene el derecho de hacer suyo lo edificado, indemnizando al que lo ha levantado con buena fe, salvo en el caso enunciado por este apartado 1º del art. 107, si ha mediado un acuerdo entre las partes de proceder a la construcción.<sup>104</sup>

Dentro del estudio realizado por Campuzano<sup>105</sup> del art. 107,<sup>106</sup> señala que su apartado 1º, es totalmente innecesario, porque nadie puede gravar más de lo que tiene. De ahí que el dueño del edificio no pueda gravar más que el edificio, dejando aparte y con vida completamente separada el derecho del dueño del terreno que nada tiene que ver con el derecho del superficiario. También hace una acertada observación a mi juicio, al señalar que el apartado 5º es inútil a su vez, porque establece lo mismo que el art. 20 de la Ley Hipotecaria,<sup>107</sup> al señalar que se requiere para gravar los inmuebles, que estén previamente inscritos a favor del que los grave.

Barrachina,<sup>108</sup> no olvida las condiciones o pactos que las partes pudieran establecer al constituir la hipoteca sobre la obra levantada en terreno ajeno, la cual se constituye con subordinación a los términos del contrato en el cual consta el derecho del

---

<sup>104</sup> Vid. Pantoja, LLoret: Ley Hipotecaria comentada y explicada, concordada con las leyes y Códigos extranjeros. T. I. Madrid. 1861. Pag. 342.

<sup>105</sup> Campuzano y Horma: Principios generales de Derecho Inmobiliario y Legislación Hipotecaria. 2ª ed. Madrid. 1941. Pag. 159.

<sup>106</sup> Vid nota a pie de pag nº 80, pag 32.

<sup>107</sup> Art. 20 de la Ley Hipotecaria:

"También será causa bastante para suspender o denegar la inscripción, la de no hallarse anteriormente inscrito el dominio o derecho de que se trate a favor de la persona que lo transfiera o grave.

Para subsanar esta falta, deberá hacerse previamente y en cualquier tiempo la inscripción omitida, mediante la presentación del título correspondiente..."

<sup>108</sup> Barrachina Y Pastor: Comentarios a la Ley Hipotecaria. T. III. Castellón. 1911. Pags. 28 y ss

dueño del terreno.<sup>109</sup>

Gimenez Arnau,<sup>110</sup> admite que la edificación en terreno ajeno no es un supuesto muy frecuente, pero de producirse concurre una situación especial en el dominio porque se puede distinguir en él la existencia de dos propiedades, la propiedad del suelo y la del vuelo. Incluso expone como una vez satisfecha la renta por el dueño del edificio al del terreno, aquél se convierte de hecho en verdadero dueño del inmueble edificado, ya que la propiedad del suelo no será útil para ninguna actuación jurídica y económica independiente.

Campuzano,<sup>111</sup> critica a Escosura su opinión acerca de que los derechos de superficie, pastos, aguas o leñas no participaban de la propiedad. Dicho autor matiza que una cosa es la propiedad y otra distinta el dominio, y tales derechos no implican la plena *in re potestas*, pero si desmembraciones de la propiedad y sus titulares participan en los límites que a los mismos corresponden de esa propiedad.

Lo que en definitiva no hace más que resaltar la consideración del dominio dividido frente

---

<sup>109</sup> Barrachina plantea el supuesto de no poder inscribir la escritura hipotecaria porque no se halla inscrito el contrato de edificación, y la imposibilidad de inscripción de éste a su vez, por no estar la propiedad registrada a nombre del dueño del terreno. De esta forma, el acreedor hipotecario se queda sin la debida garantía de su derecho ya que en la hipoteca, no hay que olvidar que "hasta que no se inscribe, no produce los efectos de un derecho real".

La solución que propone es conceder una doble acción a ese acreedor hipotecario, en primer lugar contra el deudor para que inscriba el contrato de edificación, y a su vez hacerla extensiva contra el dueño del terreno para que inscriba su derecho en el Registro. Y todo ello en base a que el art. 6 de la L. H., asegura que cualquier persona que tenga interés en asegurar el derecho que se debe inscribir puede pedir la inscripción.

También argumenta que el dueño del suelo, que contrató la edificación sobre su terreno, lo hacía con todos los derechos reales que pudieran establecerse sobre la obra, de forma que no podrá oponerse a la demanda de inscripción de su derecho de propiedad.

<sup>110</sup> Gimenez Arnau: Tratado de Legislación Hipotecaria. T. II. Madrid. 1941. Pag. 61

<sup>111</sup> Campuzano y Horma: Principios generales... Cit. Pag. 164.



a la propiedad separada.

#### **4.- Examen de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros del siglo XIX.**

Con anterioridad al Código Civil y al amparo de la legislación hipotecaria, LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS, alude al derecho de superficie en alguna de sus Resoluciones.

Se recoge la figura en las RR de 12 de junio de 1863, 22 de febrero de 1864, 23 de marzo de 1864 y 4 de noviembre de 1867.<sup>112</sup> Todas ellas, establecen clara y taxativamente la necesidad de la inscripción del suelo para que pueda verificarse la del arbolado que en él radica, siempre en base a lo que para el caso prescriben la Ley y el Reglamento.

A mi juicio, es importantísima la Resolución de 29 de abril de 1871,<sup>113</sup> pese a que no ha sido destacada por ningún autor. El fundamento de la misma es la inscripción de una finca, objeto de un contrato de permuta, en la cual uno de los copropietarios transmite el suelo, y el otro el edificio del que es dueño superficiario.<sup>114</sup>

La importancia de la resolución reside, en que es la primera vez (1871) en que se habla tan radicalmente de una propiedad separada en una resolución y no del dominio dividido, incluso antes de la redacción del Código Civil, aunque eso sí, después de la Ley

---

<sup>112</sup> Roca Sastre y Molina Juyol. Jurisprudencia Registral. Ed. Bosch. T. I. (Años 1862-1882). Barcelona. 1953. Pags. 56, 191, 207, y 341 respectivamente.

<sup>113</sup> R. de 29 de abril de 1871 (J.R. Roca Sastre. T. I. Pag 410 y ss).

<sup>114</sup> "...haciendo constar en los respectivos asientos de inscripción que Ana Maria Pérez transmite el dominio de la mitad del area, y adquiere en los solares permutados una parte igual al valor de aquella, y que su marido Francisco de Cárdenas Ruiz trasmite la mitad del edificio de que es dueño superficiario, y adquiere a su vez la restante parte de los solares."

Hipotecaria. También es la primera vez en que aparece un edificio como objeto del derecho de superficie, y no el arbolado como en las resoluciones estudiadas anteriormente.

En dicha resolución se afirma, la existencia de:

"la propiedad de Ana Maria Pérez, que es *dueña sólo del area* y su esposo Francisco De Cárdenas Ruiz, que es *dueño superficiario*, según le llama la Ley VIII, Título XIII, Libro X de la Novísima Recopilación, o sea dueño de lo construido o levantado sobre el area; en cuyos conceptos pudieron enajenar y permutar, lo que respectivamente les pertenecía..."

Posteriormente, en la **R. de 22 de julio de 1874**,<sup>115</sup> se dispone la denegación de inscripción de cesión de arbolado a favor del transferente, porque no consta en la escritura de cesión a quien pertenece el suelo.<sup>116</sup>

Es la **R. de 2 de octubre de 1884**,<sup>117</sup> la que confirma la existencia del dominio dividido en relación con la figura jurídica objeto de estudio; utilizándose la terminología jurídica propia de este momento, y, por consiguiente, considerándola próxima al censo enfiteúutico. En ella, se afirma que "al propietario del suelo le corresponde el **dominio directo** de la tierra y el superficiario es dueño del **dominio útil**". Así mismo, aduce una serie de argumentos para diferenciar el derecho de superficie del censo enfiteúutico y de otras figuras afines.<sup>118</sup>

---

<sup>115</sup> **R. 22 de julio de 1874** (J.R. Roca Sastre. T. I. Pag. 493 y ss).

<sup>116</sup> "...Considerando que es evidente que la mencionada escritura de cesión no es inscribible, porque... se omite la naturaleza, situación y linderos de cada una de las fincas a que afecta el derecho en el arbolado que cede D...; y porque no consta en el Registro a que personas pertenece el suelo donde está plantado dicho arbolado, no pudiendo cumplirse el requisito que exige el art. 27 del Reglamento general para la ejecución de la Ley Hipotecaria..."

<sup>117</sup> **R. 2 de octubre de 1884** (J.R. Roca Sastre T. II. Pag. 176).

<sup>118</sup> **R. 2 de octubre de 1884** "...El Notario autorizante... el contrato de corretaje no puede considerarse enfiteúutico, sino más bien como un derecho de superficie, dado que ni aparece constituido por escritura pública, ni consta que la dueña del terreno tenga derecho al laudemio... que inscrito el derecho a la plantación sin más gravamen que el pago de un canon para modificar la inscripción de posesión, debió otorgarse un nuevo instrumento

Todo ello a raíz de que el Notario autorizante de la escritura, mantiene la existencia de un derecho de superficie, mientras que el Registrador, entiende que se trata de un censo enfiteúutico.

Como el fundamento de la resolución es la inscripción de la venta de las cepas o viñas sin estar inscrito el terreno, la Dirección General, considera que para la inscripción del vuelo ha de preceder siempre la del suelo, sin cuyo previo requisito no es posible extender aquella. Estableciendo en sus considerandos la necesidad de asegurar, y, por tanto, de inscribir en el Registro de la Propiedad, el derecho de la interesada sobre el suelo.<sup>119</sup> Todo ello sin determinar ante qué clase de derecho estamos.

---

público; y que el derecho real de superficie no supone que el superficiario está sujeto al comiso si enajena la cosa sin conocimiento del dueño".

"...El Registrador informó... que a Doña Josefa Soriano corresponde el dominio directo de la tierra y a Don José Quilez el útil, que no es indispensable la escritura pública para acreditar la existencia de un contrato enfiteúutico...: que el contrato que nos ocupa no puede estimarse venta, porque ésta transfiere el dominio pleno, ni arrendamiento, porque éste sólo transmite el uso de la cosa, ni censo reservativo ya que éste no concede más derecho al que era dueño de la finca que el de percibir una pensión, de donde se infiere que la verdadera calificación de tal contrato es la de que mediante él se ha constituido una verdadera enfiteusis; y por último, que no consta que la voluntad de los contratantes se limitara a establecer un derecho de superficie como pretende el recurrente..."

<sup>119</sup> "Considerando que del certificado de las inscripciones relativas a la viña de que se trata, lejos de deducirse que Doña Josefa Soriano tiene el dominio directo, y el vendedor el útil en la acepción jurídica de estas palabras, sólo resulta inscrito a favor del último la posesión, no de una viña, nombre que comprendería el suelo y el vuelo, sino de 12.000 cepas de viña puestas en tierra propia de Doña Josefa, sin que ésta haya inscrito ni la propiedad ni la posesión, ni siquiera el dominio directo, ya que en las aludidas inscripciones solo se menciona su propiedad en la tierra y el derecho a percibir del fruto la pensión de siete, una..."

## 5.- Publicación del Código Civil: Los arts. 1611 y 1655 (Remisión)<sup>120</sup>

Una vez expuesta esta inseguridad doctrinal y falta de claridad en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros, la publicación del CODIGO CIVIL, no va a introducir ninguna innovación referente al derecho de superficie.

No obstante, sin regular la institución de modo expreso, no desconoce su existencia, ya que la figura se inserta, -según considera la doctrina- en dos artículos, ambos localizados dentro del Título VII dedicado al Censo, y a sus diferentes tipos.

El primero de ellos, el **art. 1.611**, forma parte del Capítulo I, que bajo la rúbrica "de las disposiciones generales", se introduce por vez primera en el Código Civil, pues al contrario que otros preceptos, no se toma del Proyecto de 1851, llegando a ser muy importante dentro del nuevo texto legal.<sup>121</sup>

El tenor literal del **art. 1.611**, es el siguiente:

"Para la redención de los censos constituidos antes de la promulgación de este Código, si no fuere conocido el capital, se regulará éste por la cantidad que resulte, computada la pensión al 3%.

Si la pensión se paga en frutos, se estimarán éstos, para determinar el capital, por el precio medio que hubiesen tenido en el último quinquenio.

Lo dispuesto en este artículo no será aplicable a los foros, subforos, **derechos de superficie** y cualesquiera otros gravámenes semejantes, en los cuales el principio de la redención de los dominios será regulado por una ley especial".

La propia Exposición de Motivos, señala que el objetivo de este artículo, es la **redención de los censos impuestos antes de la promulgación del Código**, ya que la Sección de lo Civil de la Comisión de Codificación, redactó expresamente la exclusión de

---

<sup>120</sup> En este apartado, y como consecuencia del estudio histórico cronológico que estamos utilizando, unicamente vamos a poner de relieve la existencia de dos artículos: el 1611 y el 1655, que hasta ahora habían sido conectados con el derecho de superficie por la doctrina. En el Capítulo II analizaremos ambos preceptos y su evolución, en conexión con el Derecho Comparado.

<sup>121</sup> Falcón: Código Civil español...Cit. Pag. 289.

los foros de la obligación de redención, recogido en el último párrafo de este artículo.<sup>122</sup> Precisamente es en el tercer párrafo donde se introduce la misma obligación para el derecho de superficie y que constituye una excepción a los dos anteriores, pues únicamente señala que la redención de los dominios en este tipo de gravámenes se realizará por una ley especial. Con esta afirmación no se hace más que tener en consideración la Base número 26 de la Ley de Bases del Código Civil, que dispone:<sup>123</sup>

"Una ley especial desarrollará, el principio de la reunión de los dominios de los foros, subforos, derechos de superficie y cualesquiera otros gravámenes semejantes, constituidos sobre la propiedad inmueble."<sup>124</sup>

---

<sup>122</sup> Exposición de Motivos. Código Civil de 26 de mayo de 1.889. Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia. Madrid. 1889.

<sup>123</sup> Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, que autoriza al Gobierno para publicar el Código Civil, con arreglo a las condiciones y bases que se establecen en esta ley.

<sup>124</sup> En cumplimiento de dicha ley se dictó el **D.L. de 25 de julio de 1926**. Disposición en la que el legislador declaraba redimibles todos los foros, subforos, foros frumentarios, rentas en saco, sisas, derechos, cédulas de plantación y cualesquiera otros gravámenes de igual naturaleza jurídica. En su Exposición de Motivos se señalaba que "hora es ya de dictar una ley especial anunciada en el **art. 1.611 del C.C.**, porque no hay obstáculo que impida extender a los foros la redención aplicable a la enfiteusis". Recogido por Manresa y Navarro: Comentarios al Código Civil Español. T. XI. Sexta ed. Revisada por Bloch. Reus 1972. Pags. 64 y 65.

No hay que pasar por alto que en ningún momento en esta ley se hace referencia al derecho de superficie.

Con posterioridad, a través del **R.D. de 23 de agosto de 1926**, se aprueba el Reglamento para la ejecución del decreto de 25 de julio "sobre redención de foros y otros gravámenes de análoga naturaleza jurídica sobre los bienes inmuebles en las provincias de Galicia, Asturias y León". Expresamente se señala, en el D. de 3 de noviembre de 1931 que este Real Decreto es aplicable en toda España en tanto las Cortes no dispongan otra cosa.

Decretos que fueron derogados para **GALICIA** por la Disposición Final Tercera de la **Ley 147/1963, de 2 de diciembre**, Compilación del Derecho civil especial de Galicia. Disposición que señalaba expresamente "quedan derogados el Real Decreto-ley de 25 de julio de 1926, el Reglamento de 23 de agosto del propio año y el Decreto de 3 de Noviembre de 1931, así como cuantas disposiciones se opongan a la presente Compilación." Posteriormente dicha Ley fue modificada por la **Ley 7/1987, de 10 de Noviembre** que regula en la actualidad la materia -en su Título Primero, bajo la rúbrica "de los foros, subforos y otros gravámenes análogos"- (Pero donde no se hace tampoco mención alguna al derecho de superficie).

El otro artículo que recoge la figura, es el 1.655, incluido dentro de la Sección Segunda, del mismo Título VII referente a los censos, bajo al rúbrica "de los foros y otros contratos análogos al de enfiteusis", y en el Capítulo II dedicado al censo enfiteúutico.

Dicho precepto dispone que:

"Los foros y cualesquiera otros gravámenes de naturaleza análoga que se establezcan desde la promulgación de este Código, cuando sean por tiempo indefinido, se regirán por las disposiciones establecidas para el censo enfiteúutico en la sección que precede.

Si fueren temporales o por tiempo limitado, se estimarán como arrendamientos y se regirán por las disposiciones relativas a este contrato."

La doctrina mayoritaria considera que este artículo es clave para la aplicación del régimen legal del derecho de superficie (considerado como gravamen de naturaleza análoga

---

Bloch (en el comentario que realiza sobre este punto en la revisión de Manresa y Navarro: Comentarios... Cit. Pag. 67), señala que **CATALUÑA** se rige en esta materia por la Ley especial de **31 de diciembre de 1945**, sobre inscripción, división y redención de censos. También afirma que "no ofrece duda la redimibilidad actual del censo enfiteúutico...", aunque "no hay en el Código civil norma alguna que permita redimir los dominios independientes de las pensiones, pues la ley 31 de diciembre de 1945, única en que se valorarán independientemente, no les será tampoco aplicable, toda vez que es una ley especial y exclusiva para Cataluña".

Tal y como expresa el legislador en su Exposición de Motivos la necesidad de la redención de los censos en Cataluña era importante, pues tanto en la ciudad como en las inmediaciones de Barcelona la figura de la enfiteusis tuvo una singular extensión e importancia. Continúa señalando como "la opinión pública, acorde con la de los censualistas y censatarios, demanda la redención como imperativo de nuestra época, y nadie concibe ahora que siga en pie un problema de innegable trascendencia social". Así "la conveniencia social de consolidar dominios y suprimir cargas perpetuas, aconseja la redención forzosa del censo. Atento a estas indeclinables realidades, el presente texto legislativo proclama de modo absoluto y categórico el principio de redimibilidad de todos los censos, a voluntad del censatario, y prohíbe la renuncia en contrario..." Con posterioridad, la **Ley de 18 de diciembre de 1950**, prorrogó el plazo de la redención de los censos a cinco años más, señalado en la Ley anterior de 31 de diciembre de 1945.

Por ultimo, la **Ley Catalana 6/90 de censos de 16 de marzo**, regula el censo con carácter real distinguiendo dos modalidades, una perpetua susceptible de redención llamada censo enfiteúutico y otra temporal no redimible, salvo acuerdo llamada vitalicio. Igualmente favorece la liberación de cargas de la fincas y, subsiguientemente, facilita la cancelación de inscripciones registrales.

-al arrendamiento, o al censo enfiteúutico-) en base al **tiempo** por el que se constituyó.<sup>125</sup>

Así, si las partes otorgaron un derecho de superficie por tiempo indefinido, se regirá por las normas relativas al censo enfiteúutico. Si sólo nació por un tiempo limitado, se aplicarán las normas del contrato de arrendamiento.

#### **6.- Examen doctrinal y de las Resoluciones de la D.G.R. tras la publicación del Código Civil.**

En relación con los autores posteriores al Código, hay que señalar que siguen en la misma línea que sus predecesores, ya que con la publicación del nuevo texto legal no se quebranta la concepción anterior de la institución. Su inclusión dentro de los tipos censales, en concreto como forma análoga al censo enfiteúutico, se ve ahora reforzada por el criterio del mismo Código Civil. Se reafirma su consideración como un gravamen de naturaleza real y manifestación del dominio dividido, cuya existencia tiene su razón de ser por el funcionamiento, o mejor dicho, por la derogación del principio de accesión, posibilitándose la existencia de un dueño del suelo distinto del dueño de la construcción (artículos 350 y 359).

Nos encontramos, pues que, aunque anteriormente la analogía de la superficie con la enfiteusis había sido afirmada por la doctrina, no había sido nunca realizada por la legislación.<sup>126</sup> Únicamente se regía por los términos de su concesión, otorgándose al superficiario un derecho de retracto y una preferencia frente al comunero o que tiene parte en ella

---

<sup>125</sup> Otros autores como Luna Serrano y Guilarte, consideran que este artículo no se refiere al derecho de superficie. No obstante esta cuestión será tratada posteriormente en el Capítulo II.

<sup>126</sup> Al hacer esta afirmación no tenemos en cuenta el Proyecto de 1851 al no haber sido aprobado, pues su artículo 1563 lo consideraba como un gravamen perpetuo de naturaleza equiparable al censo enfiteúutico.

y al pariente mas "propincuo",<sup>127</sup> y teniendo también un derecho a hipotecar la superficie siempre que permanezca a salvo el derecho de los demás partícipes.<sup>128</sup>

El Código Civil es el que equipara la superficie -debido a la tradición histórica que hemos estudiado- al igual que "los foros y demás gravámenes de naturaleza análoga" al censo enfiteúutico, cuando la concesión del suelo es por tiempo indefinido y, a los arrendamientos cuando fuere una concesión temporal o por tiempo limitado.

En 1900 Augusto Comás, propone la revisión del Código Civil Español, publicando con carácter particular un proyecto de reforma,<sup>129</sup> que va seguido de un comentario a los artículos que introduce. Incluye en el mismo, a diferencia del Código Civil, varias disposiciones<sup>130</sup> que regulan el derecho de superficie, y que sirven de base para la constitución de lo que él denomina, censos superficiarios.<sup>131</sup> Mantiene que el derecho de superficie está desprovisto en el Código Civil de un régimen propio, pudiendo dudarse incluso de la posibilidad legal de su existencia.<sup>132</sup>

A su juicio, dicho derecho constituye una forma especial de utilización de los bienes inmuebles, mediante el cual nace un verdadero derecho de propiedad del concesionario,

---

<sup>127</sup> Vid en el derecho histórico la ley 74 de Toro, la Nueva y Novísima Recopilación (Ley VIII, Tit. XIII, Libro X).

<sup>128</sup> Art. 107 apartado 5 de la Ley Hipotecaria de 8 de junio de 1861, que recoge íntegramente lo señalado en su Exposición de Motivos.

<sup>129</sup> Comás: La Revisión del Código civil español. Proyecto de Reforma. Madrid. 1900. Pags. 145 y ss. Lo insertamos, no por su mayor o menor importancia, sino por el estudio que hace de la institución superficiaria, que refleja el sentir del autor, y expone la noción que se tenía de la figura jurídica en ese momento.

<sup>130</sup> Dedicada a la figura, los artículos 1.539 a 1544 de su proyecto.

<sup>131</sup> Así, el artículo 1.539 en su párrafo 1º dice que "constituye el derecho de superficie la concesión del suelo para algún uso especial, por tiempo determinado o bajo condición resolutoria".

<sup>132</sup> Comás: La Revisión... Cit. Pag. 660.



fuerza de derecho real que es independiente de las vicisitudes que sobrevengan en la persona del concedente. Al ser un derecho de propiedad, puede ser objeto de gravámen.<sup>133</sup>

No obstante, también señala su analogía con los censos, (en concreto con el enfiteúutico, debido al reconocimiento que se otorga al superficiario para que éste conserve el dominio sobre el suelo concedido a cambio del pago de una prestación anual) de los cuales dice que se distingue en el fondo pero sin exponer argumentación alguna. De esta forma incluye la figura dentro de los censos, denominándola además como censo superficiario. Continúa señalando que al igual que el censo, tiene una prestación anual a favor del concedente durante el tiempo y los límites que se convengan en la concesión (art 1539-2º).<sup>134</sup> Pero se diferencia del censo en que existe una división del dominio de la finca concedida.

La perpetuidad de los censos supone una verdadera transferencia de la finca o del capital al censuario, mientras que la superficie la constituye como un derecho temporal, revistiendo un carácter de derecho real por la independencia con que surge, dentro siempre de los límites de la concesión.

De esta forma, en el derecho de superficie nace un dominio de la finca revertible, por su carácter excepcionalmente temporal, sometido a la conclusión del término o cumplimiento de la condición resolutoria, que hace innecesaria la redención. Para la devolución de la finca se estará a la ley o a lo que las partes determinen. El superficiario está

---

<sup>133</sup> Artículo 1540, apartado 1º: "Sin perjuicio del gravamen que lleva consigo el derecho de superficie sobre el suelo concedido, corresponde al superficiario la propiedad de las edificaciones, plantaciones o siembras que en virtud de aquel derecho verifique."

<sup>134</sup> Art. 1539 apartado 2º. "...sólo puede establecerse mediante el pago de una prestación anual en reconocimiento del dominio que se conserva sobre el suelo concedido."

subordinado al tiempo y condiciones de semejante concesión, debido a la reversión de la superficie, que hace que ésta implique un estado especial de la propiedad de las fincas concedidas.

Dentro de los efectos del censo superficiario, señala la propiedad del concesionario de todo cuanto se practique en el suelo, y que a tenor del art. 1.540 de su proyecto, sólo se reputará mejora cuando exista pacto expreso en la misma concesión. (Art. 1.540 apartados 2º y 3º).<sup>135</sup>

No podía faltar en su proyecto el establecimiento de alguno de los deberes del superficiario (1.542), así como los derechos de tanteo y retracto del dueño del suelo y del superficiario (1.543).<sup>136</sup>

Finaliza su regulación, con una disposición genérica que reenvía, a falta de norma expresa, al título constitutivo de las partes y en su defecto a la normativa del censo enfiteúutico.<sup>137</sup>

Tras la publicación del Código Civil, la aproximación del derecho de superficie a

---

<sup>135</sup> Artículo 1.540: "...Dichas edificaciones, plantaciones o siembras únicamente se reputarán mejoras para el efecto de obtener la indemnización correspondiente, cuando se extinga el derecho de superficie, si así se hubiere pactado al tiempo de su constitución.

A falta de pacto expreso, el superficiario sólo tendrá derecho a retirar lo que habiendo sido de su pertenencia pueda separarse sin detrimento de la finca constituida por el suelo y cuanto al mismo esté unido de un modo permanente."

<sup>136</sup> Art. 1.542: "El superficiario está obligado a hacer a su costa las obras necesarias para el uso y conservación del suelo, así como a pagar las contribuciones y demás impuestos que afecten a la finca acensuada..."

Artículo 1.534: "Tanto el superficiario como el dueño del suelo podrán hacer uso de los derechos de tanteo y de retracto en las mismas condiciones prevenidas al tratar del censo enfiteúutico".

<sup>137</sup> Art. 1.544: "El censo superficiario, en todo lo que no esté prevenido por los artículos anteriores que al mismo se refieren, se regirá por lo que establezca el contrato por el cual se formalice, y en su defecto por las disposiciones generales sobre los censos".

la enfiteusis no deja la menor duda. Se confirma su carácter de dominio dividido, de modo que el dueño útil, el superficiario, tiene incluso a su favor, como señala Burón las mismas acciones que nacen del derecho de propiedad.<sup>138</sup> En concreto se le considera una variedad de censo enfiteúutico,<sup>139</sup> como ya habían señalado los autores anteriores a la publicación del Código Civil. No obstante, los autores incluso tras su publicación, continúan poniendo su mirada en el Derecho Romano.<sup>140</sup>

Parte de la doctrina señala que al poder constituirse a través de un título gratuito, no puede considerarse como una forma censal pues es requisito imprescindible de éstas el canon. De ahí que se plantee su configuración como un *ius in re*.<sup>141</sup>

Valverde,<sup>142</sup> afirma que el derecho de superficie en el derecho anterior al Código Civil, "no era de esencia que se constituyera en escritura pública," ni tampoco era necesario el que existiera canon o pensión, pero al ser esto lo más frecuente, se aproxima

---

<sup>138</sup> Burón García: Derecho Civil Español. T. II. Valladolid. 1900. Pag. 460.

<sup>139</sup> "Consistente en el derecho a exigir una pensión por la concesión de construir un edificio o hacer plantaciones en terreno propio del censualista." Iglesias García, Morrel y Terry: Oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a la Judicatura y al Ministerio Fiscal. Madrid. 1900. Pags. 637 y ss.

<sup>140</sup> Planas y Casals (Derecho Civil Español común y foral. T. II. Barcelona. 1925. Pags. 406 y 407) señala que es un derecho real muy poco conocido cuyos orígenes se encuentran en Roma. Se concedía mediante el pago de un *solarium*, y hasta tanto el Pretor no concedió el interdicto de superficie análogo al *uti possidetis* y luego una *utilis in rem actio*, el derecho de superficie no fue considerado como un derecho real alienable y transmisible a los herederos.

Así señala que "es un derecho real, enajenable y transmisible a los herederos, en virtud del cual se tiene a perpetuidad, o por lo menos a largo plazo el pleno goce de todo o parte de un inmueble ajeno" Finaliza estableciendo que "el derecho real de superficie es muy poco conocido, y el Código civil sólo lo menciona en su artículo 1.600". No sabemos si se tratará de una errata, o de su desconocimiento de la figura.

<sup>141</sup> Marichalar, y Manrique: Derecho Civil de España. 2ª Parte de Historia de la Legislación. T. III. Madrid. 1916. Pag. 253.

<sup>142</sup> Valverde y Valverde: Tratado de Derecho Civil Español. T. II. Valladolid. 1925. Pag. 545.

a la naturaleza del censo enfiteutico.

Sánchez Román,<sup>143</sup> va incluso más lejos al establecer que al igual que en cualquier censo, se impone la obligación de hacerse constar en instrumento público, e inscribirse en el Registro, para así surtir efectos contra terceros. Considera a la escritura pública como la única forma legal de verificar la existencia de la figura.<sup>144</sup>

Se llega a una equiparación tan profunda con la enfiteusis, que Valverde,<sup>145</sup> afirma que al constituirse el derecho de superficie después del Código, es necesario que hayan de concurrir los mismos requisitos que en el censo enfiteutico, tanto de forma como de fondo. Y en cuanto al contenido de los derechos de los dueños de ambos dominios dependerá de lo que hayan estipulado las partes al constituirle.

Por lo que respecta a las **Resoluciones de la Dirección General de los Registros**, unicamente debemos señalar, que en las primeras del siglo XX se seguía manteniendo la necesidad de inscripción del suelo para la inscripción del vuelo (cepas, generalmente) sin cuyo previo requisito no es posible extender ésta.<sup>146</sup>

Así, la **R. de 30 de julio de 1908**,<sup>147</sup> exige la inscripción previa de la propiedad de un terreno sobre el que surge una propiedad distinta, consistente en el arbolado que en él

---

<sup>143</sup> Sánchez Román: Estudios de Derecho Civil y el Código Civil. Historia de la Legislación española. T. 3º. 2ª ed. Madrid. 1900. Pag. 698.

<sup>144</sup> Sanchez Román (Estudios... Cit. Pag. 698) en su nota a pie de página nº 4, señala que en los pueblos que fueron de antiguo señorío, las construcciones que se levantaban en suelo ajeno, generalmente propiedad del Señor, sin preceder escritura pública, ni siquiera convenio alguno, para su consolidación podían emplearse otros medios de prueba diferentes a la escritura pública.

<sup>145</sup> Valverde y Valverde: Tratado de derecho civil... Cit. Pag. 545.

<sup>146</sup> RR. de 30 de julio de 1908; 21 de septiembre de 1911, 24 de abril de 1913 y 19 de diciembre de 1917.

<sup>147</sup> **R. 30 de julio de 1908** (J.R. Roca Sastre. T. IV. Pags. 188 y ss).

radica. El problema se origina como consecuencia de la venta de dicho arbolado propiedad del Estado a un tercero.<sup>148</sup>

La **R. de 21 de septiembre de 1911**,<sup>149</sup> presenta el problema de un edificio hipotecado construido por ambos consortes sobre un solar parafernial. La D.G.R. señala la necesidad de determinar los derechos que corresponden a los esposos otorgantes en cuanto a su responsabilidad y participación en el préstamo objeto de la misma, y en la hipoteca que se constituye en su garantía.

Un supuesto parecido se plantea en la **R. de 24 de abril de 1913**.<sup>150</sup> En ella se declara que no es inscribible la escritura de hipoteca de una fábrica y un ferrocarril construidos en suelo ajeno si no consta la cesión o permiso del dueño de éste para construir, ni aparecen previamente inscritos el derecho o inmueble hipotecados.<sup>151</sup>

---

<sup>148</sup> La D.G.R. acuerda no proceder a la inscripción de la escritura, mientras no se justifique debidamente la adquisición por el Estado del dominio del arbolado, y la inscripción previa a nombre de sus dueños de la propiedad de la finca en que dicho arbolado existe.

En realidad, a mi juicio, se trata de un problema de falta de tracto sucesivo.

<sup>149</sup> **R. 21 de septiembre de 1911** (J.R. Roca Sastre. T. IV. Parte II. Pags. 235 y ss).

<sup>150</sup> **R. 24 de abril de 1913** (J.C. 1913. Parte II. Pags. 167 y ss.)

<sup>151</sup> "... que las escrituras en que se hipotequen edificios construidos en suelo ajeno deben expresar esta circunstancia, así como las de entenderse la hipoteca reducida al derecho que tuviere el dueño de lo edificado y que se constituye sin perjuicio del propietario del terreno..."

Roca Sastre y Molina Juyol, en su Índice (J.R. T.X. Pag. 627), considera como un supuesto también de derecho de superficie la Resolución de **19 de diciembre de 1917**. (J.R. T. V. Pag. 150 y ss). El problema que plantea es la adjudicación a los herederos a través de una escritura de partición de herencia, de la tercera parte de una casa edificada sobre un solar que consta inscrito a favor de los causantes y de otros dos condueños o partícipes.

La D.G.R. consideró que la escritura de partición de herencia no se hallaba extendida de acuerdo con las prescripciones legales, porque como señaló el Registrador es necesario que en documento público presten su conformidad a la edificación y a la determinación de la parte correspondiente a cada uno, los otros dos condueños, y si hubiesen fallecido, sus herederos, previa inscripción de su derecho, valorándose no sólo la

### III.- RECAPITULACION.

El Código de Eurico, la Lex Visigothorum y el Liber, recogen el principio romano de accesión "superficie solo cedit" y su posible derogación. En caso de mediar consentimiento para la construcción por parte del dueño del suelo, o si el que construye ignora que el terreno es ajeno, se deroga la accesión y lo plantado o edificado *pasa a ser de quien lo llevó a cabo*.

En el Derecho Alto Medieval, y en concreto, en el Fuero de León se confirma la existencia de solariegos que tenían pactos con el dueño del solar de poblar y labrar sus tierras. Aquellos tenían la facultad, en base a las Cartas pueblas, de abandonar la tierra y llevarse consigo cosas muebles, y parte de sus casas (techo, puertas...), lo que significa la existencia de una "*propiedad separada*" del solariego sobre su construcción alzada en el suelo propiedad del Señor. La existencia de una verdadera *propiedad separada* aparece también en tres preceptos que regulan la vida local de la ciudad de León, donde se permite mantener la propiedad del edificante sobre suelo ajeno a cambio de realizar determinadas prestaciones en favor del dueño. Y lo que es más, se posibilita la venta de la edificación por su constructor no sólo al dueño del suelo sino también a un tercero, de manera que, se perpetúa la separación de las propiedades.

Posteriormente, el Fuero Real vuelve a recoger el rígido principio de accesión romano, pero en Lo Codi y, en base a la influencia del Derecho Romano postclásico y justiniano,

---

parcela sino el edificio.

Entiendo, que no se trata de un derecho de superficie por no darse los caracteres necesarios para su nacimiento.

Y ello porque en este supuesto los testadores compraron un solar junto con otras dos personas, que sí se inscribió, y sobre el que posteriormente los tres condueños construyeron un edificio que no accedió al Registro. De esta manera, lo único que existe es un derecho de copropiedad sobre el edificio y sobre el solar, donde no se precisa las participaciones que corresponden a cada comunero, de ahí la negativa del Registrador a inscribir la escritura de partición y aceptación de herencia.

se regula la institución superficiaria, posibilitándose la derogación del principio "superficie solo cedit", cuándo hay un consentimiento del dueño del suelo que permite tener al superficiario la cosa "bastida", pudiendo defenderse con una acción real, y siendo susceptible de protección posesoria.

En Las Partidas va a ser donde la institución pierde totalmente su autonomía introduciéndose junto con la regulación de los arrendamientos y del censo enfiteúutico. Esta confusión tiene lugar en los comentarios de los glosadores, lo que nos dá la respuesta al porqué del desenvolvimiento de la figura junto con estas instituciones, negándosele su carácter autónomo. Así se va a confundir entre *la existencia de dos propiedades de contenido distinto y el dominio dividido*.

En las leyes de Toro la confusión con el censo enfiteúutico va a ser señalado por los comentaristas a la Ley 74, al afirmar que el superficiario es dueño útil mientras que el dominus soli es señor del dominio directo. En dicho precepto se recoge el retracto superficiario, de manera que, ante la venta de la cosa, la preferencia en su obtención se basa prioritariamente en derechos de propiedad frente a derechos de parentesco. Se prohíbe al superficiario enajenar la cosa sin consentimiento del señor directo y, se mantiene que aquél tiene la posesión frente al dominio directo que es "señor de propiedad".

La Nueva Recopilación únicamente menciona la institución de la misma forma que la Ley de Toro, recogándose con mayor detenimiento en la Novísima Recopilación de las Leyes de España. En ella no sólo se transcribe la Ley 74 de Toro (Ley VIII, Título XIII, Libro X), que decide la preferencia en torno al retracto superficiario, sino que, en consonancia con ella, procedió a regular diversas cuestiones, como la preferencia tras la venta de las *casas "superficiarias"* realizadas en el Real sitio de Aranjuez, sobre el suelo de Su Majestad, en favor de éste; o *la concesión del dominio separado* de aquellos que,

para mejorar el aspecto público de Madrid, realicen obras sobre solares pertenecientes a mayorazgos; o la *separación de la propiedad del suelo y del arbolado* para el aprovechamiento de los montes de Extremadura.

En relación con los precedentes más inmediatos al Código Civil, la figura del derecho de superficie aparece en todos los textos muy relacionada con los censos, específicamente con el enfiteútico. Aunque en cierta medida también se encontraba muy cerca del arrendamiento porque igualmente lo estaba la enfiteusis. Y así lo pone de manifiesto la propia Exposición de Motivos del Proyecto de Código Civil de 1836 donde se hace necesario diferenciar el arrendamiento de la enfiteusis, puesto que en este tipo de censo, el dominio útil recae sobre el enfiteuta.

El Proyecto de 1851, hace desaparecer aquellos contratos donde se transfiera el dominio útil al adquirente, entre los que se encuentra el censo enfiteútico. Por otro lado en su art. 1563 se estableció la redención de los censos enfiteúticos, foros, subforos, derechos de superficie o cualesquiera otros gravámenes perpetuos de igual naturaleza constituidos con anterioridad al proyecto.

Frente a esta falta de desarrollo independiente del derecho de superficie, la Ley Hipotecaria de 1861, sin llegar a regular tal figura, resuelve problemas concretos relacionados con las hipotecas del edificio construido en suelo ajeno, señalándose que ésta queda únicamente concretada al derecho del superficiario. El Reglamento Hipotecario de 1863 es el encargado de recoger la inscripción del derecho de superficie. En resumen, *la institución aparece con autonomía propia y desligada de los censos*.

Por último, el Anteproyecto de 1882-88 no destaca precisamente la autonomía de la figura objeto de estudio sino que la equipara a los censos.

La doctrina anterior al Código Civil lo considera como una variedad del censo



enfiteútico, lo que no quiere decir, que no se observen ciertas diferencias con aquél, pues es posible que la superficie se haya transmitido por donación o legado y, por consiguiente, sin imponerse pensión, de manera que el superficiario se hace dueño de la superficie pudiendo disponer de ella. También señalan que el derecho de superficie es menos extenso que la enfiteusis, ya que no se constituye en toda clase de predios, ni su finalidad es hacer productiva una finca inculta; sino que el edificio es propiedad del superficiario, "quien adquiere el dominio útil sobre el suelo y con él el derecho a edificar". A mi juicio la vacilación radica en la *confusión entre el dominio útil y el directo, con dos propiedades separadas e independientes*.

El Código Civil no regula detalladamente la figura, aunque se la menciona en dos artículos: el 1.611- 3º, donde se alude a ella en sentido negativo, para excluirla de la redención, recogiendo el mismo criterio de la Ley de Bases nº 26 del Código Civil, y señalando que se realizará por ley especial; y, en el art 1.655 al tratar de los derechos análogos a la enfiteusis, donde la mayoría de la doctrina considera que se le aplica por su equiparación al censo enfiteútico y al arrendamiento. Y ello porque en la tradición histórica el legislador al usar esa terminología "derechos análogos a la enfiteusis", incluía a la figura que nos ocupa considerándola como "un gravamen perpetuo de igual naturaleza que el censo enfiteútico..." En dicho artículo el Código Civil no hace más que equiparar el derecho de superficie a la enfiteusis, al señalar que se regirán por las mismas reglas, cuando la primera sea constituida por tiempo indefinido, o al arrendamiento cuando lo sea por tiempo limitado. Con esta disposición se legaliza, por primera vez, la equiparación entre ambas figuras, ya que anteriormente sólo había sido afirmada por la doctrina.

Si nos preguntáramos cómo era la figura a fines del siglo XIX y principios del siglo XX, tras la publicación del Código Civil, teniendo en cuenta la doctrina y las resoluciones,

podíamos detallarla de la siguiente manera:

- Derecho real inmobiliario por el cual se concede a una persona el dominio útil de un predio ajeno (cuyo dueño tiene el dominio directo), cuyo fin es edificar o plantar, y que se halla incluido dentro de las formas censales, en concreto, como análoga a la enfiteusis.

- En cuanto a los modos de constitución, puede originarse por contrato ordinario (compra) o por última voluntad (herencia, legado), pudiendo nacer a título oneroso o de forma gratuita.

- El superficiario tiene el poder de disposición sobre la superficie, pudiendo enajenarla (a título oneroso o gratuito), hipotecarla (107-5º), imponer sobre ella servidumbres... Incluso cuenta con las mismas acciones que nacen del derecho de propiedad.

- Dentro de sus obligaciones el superficiario debe satisfacer las cargas e imposiciones que gravan la superficie y los gastos que ocasione.

- De carácter indefinido, (ya no se habla de perpetuidad como en el Proyecto de 1851 -art. 1563-ni como en el anteproyecto de Código Civil 1882-1888 art. 53), aunque puede constituirse por tiempo limitado en cuyo caso se regularía por las reglas del arrendamiento.

- Debido a su aproximación a los censos, debe constituirse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. La jurisprudencia registral señala la obligación de inscribir previamente el suelo, para la verificación e inscripción del arbolado que en él radica.

- Se distingue de figuras afines como la enfiteusis, usufructo, uso, habitación y servidumbres.

De estos precedentes no podemos obtener más que su analogía con el censo enfiteúutico, aunque también se es consciente de sus caracteres propios, como bien se refleja

en el proyecto de Comás, donde se otorga a la figura la consideración de un derecho temporal en virtud del cual nace un dominio de la finca revertible, y, por consiguiente, se hace innecesaria su redención, lo que a su juicio implica un estado especial de la propiedad de las fincas concedidas.

Tras la Base nº 26 de la Ley de Bases del Código Civil y el art. 1611-3º de dicho texto legal, en la mente del legislador continúa viva la necesidad de regular la redención del derecho de superficie junto con otras figuras, señalándose que se realizará a través de una ley especial, de manera que, se reúnan los dos dominios de figuras como el foro, subforo, derechos de superficie y otros gravámenes análogos. En cumplimiento de dicha ley se dictó un Decreto-Ley el 25 de julio de 1926 sobre redención de foros y otros gravámenes de análoga naturaleza y, un Reglamento de 23 de agosto que lo desarrollaba, de aplicación a toda España, pero donde no se mencionaba al derecho de superficie. Todo lo cual nos hace pensar, que la inclusión de la institución superficiaria dentro del apartado de "gravámenes de naturaleza análoga" va dejando de tener sentido puesto que la redención está en consonancia con la existencia de gravámenes perpetuos o de larga duración semejantes al foro o al censo enfiteúutico, y el derecho de superficie no va a tener tal configuración.

La pregunta que debemos hacernos a continuación es si en realidad el legislador quería hacer desaparecer el derecho de superficie, o si ni siquiera lo consideraba existente sino como una mera modalidad del censo enfiteúutico.

En principio y en base a lo expuesto deberíamos inclinarnos más por esta última postura, pero como veremos en los capítulos siguientes, la vida del derecho de superficie a partir de este momento, va a tener un desarrollo diferente a lo que podría parecer del estudio de estos precedentes.

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **CONFIGURACION DEL DERECHO DE SUPERFICIE**

#### **SUMARIO:**

#### **I.- INTRODUCCION.**

#### **II.- ESTUDIO DE LA EVOLUCION LEGISLATIVA DEL DERECHO DE SUPERFICIE EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO Y SU COMPARACION CON LAS LEGISLACIONES ITALIANA, FRANCESA Y PORTUGUESA.**

1.- La Codificación decimonónica en los ordenamientos español, francés, italiano y portugués y el derecho de superficie. 2.- Posterior evolución legislativa y desarrollo de la institución hasta la actualidad. A.- Introducción. B.-Evolución y configuración del derecho de superficie en la regulación de los Códigos Civiles. C.- Evolución y configuración del derecho de superficie en la legislación urbanística. a.- Estudio específico de esta modalidad en nuestro ordenamiento jurídico. b.- Comparación con los diferentes sistemas: a'.-Derecho de superficie en la legislación urbanística italiana actual. b'.- Derecho de superficie en el urbanismo francés. c'.- Desarrollo urbanístico del derecho portugués. 3.- Consecuencias de la evolución y desarrollo de la institución superficiaria.

**III.- ANALISIS DEL DERECHO DE SUPERFICIE EN NUESTRO ORDENAMIENTO.** 1.-Introducción. 2.-Derecho de superficie, propiedad superficiaria y propiedad separada. 3.-Derecho de superficie: concesión del ius aedificandi y derecho de mantener la propiedad de la construcción preexistente. 4.-Construcción unitaria o construcción dualista del derecho de superficie: modalidad urbana común y modalidad urbanística.

**IV.- POSICIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES ACTUALES.** 1.- Introducción. 2.-Estudio de las posiciones doctrinales en relación con la configuración actual del derecho de superficie. Su distinción de figuras afines. 3.- Estudio de la posición de nuestra Jurisprudencia.

## **I.- INTRODUCCION**

Nuestra intención en el presente Capítulo es analizar la configuración del derecho de superficie.

Vamos a comenzar examinando, en conexión con el estudio del Derecho Comparado, el desarrollo y cambio producido del derecho de superficie, en el Derecho Positivo, desde la publicación de los Códigos Civiles decimonónicos hasta su más moderna utilización por la legislación urbanística. Y ello porque los distintos ordenamientos van a adoptar soluciones legislativas diferentes. La finalidad de este estudio es conocer cuales son los caracteres básicos de la institución para alcanzar una noción de la institución jurídica que nos ocupa, destacando alguna de las notas más importantes de la institución y su repercusión en nuestro ordenamiento.

Con posterioridad, y una vez conocida la configuración del derecho de superficie en nuestro ordenamiento, profundizaremos en las posturas adoptadas en relación con la institución, tanto por la doctrina como por la Jurisprudencia, diferenciándola de figuras afines.

## **II.- ESTUDIO DE LA EVOLUCION LEGISLATIVA DEL DERECHO DE SUPERFICIE EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO Y SU COMPARACION CON LAS LEGISLACIONES ITALIANA, FRANCESA Y PORTUGUESA.**

### **1.- La Codificación decimonónica en los ordenamientos español, francés, italiano y portugués y el derecho de superficie.**

La institución del DERECHO DE SUPERFICIE ha ido evolucionando y adaptándose a las necesidades de los tiempos. Donde se acentúa más dicha evolución, ha sido en la forma de entender la misma, en su configuración. Sin embargo, este desarrollo no se ha realizado de forma paralela en todos los ordenamientos que vamos a comparar.

En relación con nuestro ordenamiento jurídico, ya hemos visto, como desde las Partidas pero, sobre todo, durante el siglo XIX y principios del siglo XX, la figura es considerada como una forma censal, análoga en concreto, al censo enfiteútico.<sup>1</sup>

Esta concepción de la figura, partió en un primer momento de la doctrina, (herencia de la tradición histórica medieval) y luego se vería reafirmada por el Código Civil, plasmándose en dos artículos: el 1.611 y el 1.655. De este modo, tal y como hemos estudiado, se intenta reconducir la figura al censo o a cualquier gravamen semejante en el art. 1.611, y en concreto, según el art. 1.655, a la enfiteusis si se concebía por tiempo indefinido, y a los arrendamientos si lo era por tiempo limitado, porque no se apreciaban diferencias sustanciales con estas instituciones.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Aunque era considerada como un censo de carácter indefinido, ya hemos visto como Comás mantuvo, en su proyecto de Código Civil, que en el derecho de superficie nacía un **dominio de la finca revertible**, por su carácter excepcionalmente temporal sometido a la conclusión de un término.

<sup>2</sup> Peset (Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra. EDERSA. Madrid. 1988 Pag. 185) señala como "los arrendamientos largos, vitalicios en ocasiones, marcan el tránsito entre las viejas formas censales y una nueva época, la edad moderna". Mantiene que "la explotación de la tierra no se hacía a través de censos en los albores de la edad

Actualmente se mantiene por Luna Serrano,<sup>3</sup> y cito textualmente, "contra la *communis opinio*, que el art. 1.655, en definitiva no afecta a la superficie". Y ello porque "en cuanto a la primera de sus reglas, por la dificultad práctica de la aplicación analógica a la superficie de las normas de la enfiteusis, con la que presenta diferencias notables, y en cuanto a la segunda, porque la corriente de interpretación doctrinal indicada quiebra en cuanto a las bases del intento de sujetar el derecho de superficie de carácter temporal a las reglas del arrendamiento".

Fundamenta esta teoría en que frente a los foros, el derecho de superficie era de carácter generalmente urbano, reteniendo la finca casi siempre el dueño del suelo. Por lo cual, el art. 1.655 suprimió la mención del derecho de superficie, al reproducir en parte el art. 1563 del Proyecto de García Goyena.<sup>4</sup>

---

moderna, sino a través de arrendamientos. Los establecimientos enfiteúuticos o a censo tenían sentido mientras el señor dominaba enteramente a sus vasallos, pero si no era posible mantener cerrado el señorío y bajo su entera dependencia, no tenía por qué perder las tierras en beneficio de otros." El citado autor afirma cómo la sociedad es consciente de la utilización de los censos cuando se trata de una duración perpetua, y del arrendamiento, utilizado como mecanismo corrector de rentas, si es por un periodo temporal. La utilización de ambas figuras, las cuales recaen sobre la propiedad, influyó en la redacción del art. 1655.

<sup>3</sup> Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Delgado Echevarría, Rivero Hernández, Rams Albasa y Mendoza Oliva: Elementos de Derecho Civil III. Derechos Reales. Vol. Segundo. Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad. 2ª ed. Barcelona. 1991. Pag. 276. (Luna Serrano realiza el tema 46 dedicado al derecho de superficie).

<sup>4</sup> Tesis que compartimos y que ya puso de manifiesto Guilarte (El derecho de superficie. Aranzadi. Pamplona. 1966. Pags. 168 y ss), cuando señaló que en el art. 1611 el legislador denominó a la institución expresamente, mientras que en el art. 1655 cuando el legislador hace referencia a "cualesquiera otros gravámenes análogos", parece referirse a instituciones análogas pero al foro, siendo indudable que hasta entonces no se había marcado analogía alguna entre el foro y el derecho de superficie. Por último, afirma que las figuras análogas al foro, a las que parece referirse el citado artículo, son el subforo, rentas en saco o la cédula de planturfa, típicas de Galicia. Concluye que el legislador al redactar los arts. 1611 y 1655 lo que le preocupa es el problema de los foros. Posición que compartimos, pues como ya hemos señalado, cuando siguiendo la Ley de Bases 26 y el art.

Continúa señalando que "aún cuando se estimase virtualmente subsistente la mención del derecho de superficie en el art. 1.655, ello sería en su primer párrafo que es el que proviene del proyecto isabelino; pero no el párrafo segundo del art. 1.655, que ha sido tomado del art. 11 del proyecto de ley sobre foros de 1877, y por tanto, se refiere exclusivamente a éstos, a los cuales, por lo demás, y a los gravámenes que se les asemejen, se refiere de manera literal únicamente el precepto".

A mi juicio, la reconducción del derecho de superficie al censo, viene recogida en el art. 1.611 del C.C., donde precisamente y al igual que ocurre con los foros y subforos, se le excluye de las bases establecidas en dicho artículo para su redención, la cual se realizará de acuerdo con normas especiales. El art. 1.655, por el contrario, en ningún momento menciona al derecho de superficie, sino que únicamente habla del "foro, subforo y demás gravámenes análogos",<sup>5</sup> lo que no puede significar más que se deriva del art.

---

1611 se regula la redención de los dominios, sólo se va a hacer referencia a los foros, subforos y cualesquiera otros gravámenes semejantes, pero *no al derecho de superficie*.

*No obstante, se adhiere al sentir de la doctrina dominante al admitir la aplicabilidad del art. 1655 al derecho de superficie, dados los términos de la interpretación jurisprudencial.*

Sin embargo cabe señalar, pues profundizaremos más sobre esta cuestión a lo largo del Capítulo, que la Jurisprudencia en la actualidad, entiende el derecho de superficie como un derecho real claramente diferenciado de la enfiteusis y del arrendamiento. No pudiendo considerarse, por consiguiente, que el art. 1655 del C.C. sea aplicable a dicho derecho.

<sup>5</sup> Es interesante destacar la **STS de 3 de Julio de 1946** (JC. T. Pag. 632 y ss) en cuanto que mantiene que "la enfiteusis y el foro y derechos similares, son instituciones cuya analogía no pasa de la división de facultades de usar y disponer, pero entre las que hay profunda diferencia, precisamente en lo que se refiere a la redención". "La redención es característica de la enfiteusis, según la concepción moderna de esta, porque su duración indefinida nunca puede terminar en la consolidación de ambos dominios, si no es por el ejercicio de los derechos de comiso, de retracto o de sucesión irregular por muerte abintestato sin herederos legítimos del enfiteuta, y no la había, por naturaleza y origen, en el foro y derechos análogos, de duración definida, aunque indeterminada, y cuya terminación natural había de ser siempre la consolidación de los dos dominios en el dueño directo al cabo del tiempo de duración pactado."

"Tal diferencia fue la determinante en las distintas soluciones dadas en el Código civil al estado legal expectante creado por las citadas leyes y su derogación, disponiendo la reden-



1563 del Proyecto de Código Civil de 1851, como señalan Luna Serrano y Guilarte.

Por otro lado, no hay que olvidar que dicho proyecto recogía el principio romano "superficie solo cedit", de manera que sólo era posible la división de los dominios, y, de ahí que el derecho de superficie fuera reconducido a las reglas del censo enfiteútico. Lo que en el Código Civil actual parece que no tiene ninguna razón de ser, pues se admite la flexibilización de dicho principio.

Tal vez por ese motivo, cuando siguiendo el contenido de la Base 26 y del citado párrafo 3º del art. 1611, se dictaron normas para la redención del foro, subforo y demás gravámenes semejantes, nunca se ha mencionado expresamente al derecho de superficie, pues pudiera ser que la intención del legislador fuera no considerarlo como un dominio dividido, sino como otro tipo de derecho (que bien podría ser un derecho real que origina una propiedad superficiaria separada que no necesita redención sino que se extingue a su término).

Esta es la tesis que considero más acertada, pues en caso contrario no tendría valor ni sentido alguno el párrafo 3º del art. 1611 en relación con el derecho de superficie, pues estaría vacío de contenido.

Como conclusión de lo expuesto, entiendo que el derecho de superficie tiene plena existencia en nuestro Código Civil, no sólo porque se le menciona expresamente en el art. 1611 sino porque, además, el juego de la autonomía de la voluntad posibilita su existencia

---

ción forzosa para el censo, a voluntad del censatario, aun contra pacto, en el art. 1608 de dicho cuerpo legal, aplicable por disposición del mismo a los censos existentes a la sazón, sin distinción entre los tres tipos definidos en los tres artículos precedentes; el primero de ellos el enfiteútico, regulando en preceptos posteriores la redención, y aceptando, en principio ésta, no por su naturaleza y origen, sino por razones de equidad y conveniencia social para los foros y gravámenes semejantes, pero dejando su regulación para una disposición especial, que fue el Decreto-Ley de 25 de junio de 1926."

en base al carácter flexible del principio de accesión,<sup>6</sup> sin olvidar el sistema de "numerus apertus" de derechos reales existente en nuestro ordenamiento.<sup>7</sup>

En cuanto a la situación de otros ordenamientos, el Código de Napoleón, dentro del espíritu de la época en que fue publicado, hizo de la liberación de la propiedad uno de los motivos más importantes de las reformas. De manera que, todo lo que se opusiera a la libertad del dominio como su división (dominio útil, dominio directo), y que había dado lugar en la época anterior a situaciones análogas al derecho de superficie, reflejo del régimen feudal, fueron borradas del Código por ser contrarias a aquél principio.

Esta es la razón del silencio del Código acerca del derecho de superficie. Pero la

---

<sup>6</sup> Uno de los principios existentes en materia inmobiliaria, se encuentra recogido en los artículos 350 y 358 del Código Civil, según los cuales "el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella..." y todo "lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos.. pertenecen al dueño de los mismos". En base a estos preceptos, tanto el suelo como lo incorporado a él -edificaciones o plantaciones- forman un todo único perteneciente al mismo dueño.

El fundamento del principio de accesión se encuentra en la creencia de que lo importante es el suelo, de manera que la propiedad de éste se extiende a todo lo incorporado a él. No obstante, es posible que exista una derogación convencional del principio de accesión: el propietario del suelo no hace suyo lo que en él se edifica o planta, todo ello en base al art. 359 C.C. según el cual "todas las obras, siembras y plantaciones se presumen hechas por el propietario y a su costa, *mientras no se pruebe lo contrario*". Así es como surge el derecho de superficie, a través de lo que generalmente la doctrina denomina la renuncia del dueño del suelo a su ius aedificandi, y, por consiguiente, al principio de accesión, *en favor únicamente del superficiario*. La accesión es un principio del Código Civil, pero éste a su vez permite su derogación convencional, al admitir la existencia del derecho de superficie y la flexibilización del principio de accesión. Vid. el trabajo de Pérez Cánovas: La disociación jurídica de la plantación y el suelo (A propósito de los conceptos de bien, parte integrante, y accesión) Granada. 1988

<sup>7</sup> En contra de esta postura se halla Menendez Vadés Golpe (Sobre el derecho de superficie. RGD. 1974. Pag 650 y ss), quien señala que sí es posible la creación de derechos de superficie fuera del art. 1655 del C.c.

Sin embargo, concluye estableciendo que tales supuestos no serían derechos de superficie, porque la propiedad del dominus soli queda vacía de contenido pues no puede gozar de su propiedad. Mantiene que en tales supuestos no habría un verdadero derecho de superficie sino que se habría transmitido la propiedad de la finca puramente o bajo condición resolutoria o se habría creado una propiedad horizontal o un condominio.

doctrina posterior al mismo, y la Jurisprudencia admitieron unánimemente la institución, en base al juego de los artículos 551 y 553 del Código Civil. Sin olvidar, desde luego, la posibilidad de su existencia en base a la falta del principio de "numerus clausus" de derechos reales. De esta forma, si en el art. 551 del Código, se determina que lo que se une o incorpora a la cosa pertenece al propietario,<sup>8</sup> el art. 553, consagra el principio de accesión romano, "superficie solo cedit", pero con un carácter flexible. Así preceptúa, que:

"todas las construcciones, plantaciones y obras sobre un terreno o en su interior, se presumen hechas por el propietario y pertenecerle, si no se prueba lo contrario, sin perjuicio de la propiedad que un tercero pueda haber adquirido o pueda adquirir por prescripción, sea de un subterráneo bajo el edificio de otro, sea de cualquier otra parte del edificio".<sup>9</sup>

Al no otorgarse un valor absoluto a la accesión, se posibilita la creación de un derecho de superficie, sin necesidad de una regulación legal. Aunque, es preciso que se pruebe su existencia,<sup>10</sup> pudiendo resultar la misma de un título o de la prescripción adquisitiva.<sup>11</sup>

En una situación semejante se encontró la legislación italiana, pues aunque el

---

<sup>8</sup> Artículo 551 del Code Civil: "Tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire, suivant les règles qui seront ci-après établies".

<sup>9</sup> Art. 553 Code Civil: "Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé; sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription, soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment".

<sup>10</sup> Entre los autores que recogen tal requisito se encuentran: Saint-Alary: Superficie. Encyclopedie Dalloz. Jurisprudence Generale. Paris. 1989. Pag. 1; Marty y Raunaud: Droit Civil. Les Biens. 2<sup>o</sup> édition. Paris. 1980. Pag. 232; Weill, Terré y Simler: Droit civil. Troisième édition. 1985. Paris. Pag. 822.

<sup>11</sup> Saint-Alary (Superficie... Cit. Pag. 1 y ss) mantiene que también se posibilitaba la existencia del derecho de superficie en base al art. 664 del Code Civil (derogado por Ley de 28 de junio de 1938) que admitía que los diferentes pisos de un edificio podían pertenecer a diversos propietarios, apareciendo reconocido no sólo este derecho sino también la posibilidad de superposición de derechos individuales distintos.

Codice Civile de 1865, inspirado en el francés, no regulaba el derecho de superficie, tanto la doctrina como la Jurisprudencia, consideraban que su reconocimiento se hallaba implícito, a "sensu contrario", en el artículo 448 del citado texto.<sup>12</sup> En él se recogía el principio de accesión, según el cual la plantación, la construcción y la obra realizada sobre o bajo el suelo pertenece al propietario de éste.<sup>13</sup>

En base a tal precepto y a la formulación del principio, que admitía prueba en contrario, no se dudaba de la posibilidad de crear la figura por el juego de la autonomía privada. Ante el silencio normativo del Codice Civile, el problema residía en admitir la constitución de un derecho cuya finalidad se encontraba en conceder a una persona el poder de construir en fundo ajeno una edificación y de mantener su propiedad separada. De ahí, la diversidad de opiniones doctrinales que trataban de encuadrar la figura dentro de la legislación existente.

Además, en el sistema del Codice de 1865, se admitía la desintegración del derecho de propiedad relativo a un inmueble como un goce separado del suelo que corresponde a distintos titulares subjetivos,<sup>14</sup> pues se regulaba la propiedad separada y distinta de los planos horizontales (arts. 562 a 564 del C.C.). La doctrina diferenciaba el derecho de

---

<sup>12</sup> Vid Coviello: Della Trascrizione. II. Torino. 1924 Pag. 255.

La doctrina posterior recoge tal afirmación. Así, vid por todos: Pugliese: Superficie. Commentario del Codice civile de Scialoja-Branca. Libro Terzo. Della Propietta. 4ª ed. Bologna-Roma. 1976 Pag. 556.

<sup>13</sup> Artículo 448 del Codice Civile de 1865:

"Qualsiasi costruzione, piantagione od opera sopra o disotto il suolo, si presume fatta del proprietario a sue spese ed appartenergli, finché non consti del contrario..."

<sup>14</sup> Así lo recogen autores como Quaranta y Preden: Superficie. Commentario teorico-practico al Codice Civile de Vittorio de Martino. Roma. 1972 Pag. 5 que incluso citan jurisprudencia en este sentido desde 1929 hasta 1941; Pugliese: Superficie... Cit. Pag. 556, Salis: Superficie. (Dititto vigente). Novissimo Digesto Italiano. 1957 Pag. 945, y Biscontini: Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza a cura di Perlingieri. Libro III. 2ª ed. Zanichelli. 1991. Pag. 306.

superficie de esta figura, aunque ambas posibilitaban la existencia de una propiedad separada, pues eran conscientes de que la propiedad separada de los planos o apartamentos de un edificio iba unida a la copropiedad del terreno, y además, de que no constituía un ejemplo de propiedad sobre construcción independiente y separada del suelo, como ocurría en el derecho de superficie.<sup>15</sup> El reconocimiento de la propiedad separada en el derecho de superficie se hacía no como un derecho de goce de la construcción existente sobre fundo perteneciente a otro, (propietario del suelo), sino como una verdadera propiedad de la construcción. Y así se va a configurar en el Codice Civile posterior de 1942, el cual va a "suspender la operatividad del principio de accesión".<sup>16</sup>

En definitiva, y al amparo del art. 448 del Codice de 1865, la doctrina y jurisprudencia italiana admitieron el derecho de superficie como una propiedad de la construcción que se tiene derecho a mantener sobre el suelo perteneciente a otro.

Pasando a otro ordenamiento, el primer Código Civil portugués de 1867, al igual que todos los del siglo XIX, de tipo individualista, apenas tuvo en cuenta la institución objeto de estudio. No obstante, en su art. 2.308 se recogía lo que la doctrina ha entendido como un supuesto de derecho de superficie sobre las plantaciones, considerándose que formaba parte de los derechos reales.<sup>17</sup>

Según dicho precepto, "el dueño del suelo donde existen árboles ajenos, podrá adquirirlos, pagando su valor, excepto si por efecto del contrato, se hubiera obligado a conservarlos en dominio ajeno, por cierto número de años, que nunca podrán exceder de

---

<sup>15</sup> Así lo recoge expresamente Salis (*Superficie...* Cit. Pag. 945) y, actualmente, Talamanca (*Istituzioni di diritto romano*. Milano. 1990. Pag.472.).

<sup>16</sup> Trimarchi: *Istituzioni di diritto privato*. Sesta edizione. Milano. 1983. Pag 572; Torrente y Schilesinger: *Manuale di diritto privato*. 13 ed. Milano. 1990. Pag 349; y Galgano: *Diritto Civile e commerciale*. Vol. primo. Padova. 1990. Pag. 462.

<sup>17</sup> Vid: Pires de Lima: *Direito de propriedade, direito de superfície e usucapiao*. RDES. 18º. 1971. Pags. 255 y 256.

treinta".<sup>18</sup>

En realidad, de las palabras del texto se deduce la existencia de una propiedad de los árboles separada de la propiedad del suelo.

También se ha mantenido la admisibilidad genérica del derecho de superficie, en los artículos 2.335, 2.287, 2.289 y 2.306 del Código Civil.<sup>19</sup> El primero de los citados artículos, el 2.335 CC, al permitir la propiedad de un edificio por pisos, posibilitaba, de forma flexible, el principio de accesión. En cuanto a los artículos 2.287,<sup>20</sup> y 2.289,<sup>21</sup> la doctrina concluía, según Ribeiro Mendes,<sup>22</sup> que "era diferente la accesión como derecho subjetivo o poder jurídico integrado en el derecho de disfrute, de la accesión en sentido material".

No obstante, al no existir una enumeración taxativa de derechos reales, y en base a los preceptos expuestos no habría ningún obstáculo en admitir su existencia.

---

<sup>18</sup> Artigo 2.308 Codigo civil 1867:

"O dono do prédio onde existirem árvores alheias, poderá adquiri-las, pagando o seu valor, excepto se, por efeito de contrato, se tiver obrigado a conservá-las no domínio alheio, por certo número de anos, que nunca poderao exceder a trinta".

<sup>19</sup> Ribeiro Mendes (O direito de superficie. ROA. 1972. Pag. 32) recoge este sentir doctrinal.

<sup>20</sup> Artigo 2.287 CC de 1867:

"O direito de fruição abrange:

1º.- O direito de perceber todos os fructos naturaes, industriaes ou civis da coisa propria;

2º.- O direito de accessao;

3º.- O direito de accesso."

<sup>21</sup> Artigo 2.289 CC de 1867:

"Dá-se accessao quando, com a coisa que é propriedade de alguém, se une e incorpora outra coisa que lhe não pertencia.

unico. A accessao pode ser produzida pela acção da natureza, ou por industria do homem".

<sup>22</sup> Ribeiro Mendes: O direito de superficie... Cit. Pag. 32.

Como conclusión debemos señalar que la situación era bastante semejante, en todos los ordenamientos que hemos comparado. Y ello porque al derivarse todos del Code Civil francés, que no admitía la división del dominio, no entraban a regular el derecho de superficie. Aunque nuestro Código Civil, que no olvidemos recibe también la influencia del Proyecto de García Goyena, menciona la institución y la considera análoga al censo enfiteútico. Por otro lado, y ante el silencio normativo de los Códigos de los restantes ordenamientos, la doctrina y la jurisprudencia (conscientes de su existencia en la realidad social) sí admitían la institución, en base al carácter flexible del principio de accesión, que había evolucionado desde el Derecho Romano, y del "numerus apertus" de derechos reales.

Así mismo en estos tres ordenamientos, había ciertos antecedentes que daban lugar a la separación de los dominios al admitirse la propiedad separada de las casas por pisos, o, como en el derecho portugués, la propiedad separada de las plantaciones, lo que demuestra un carácter abierto a la posibilidad de la institución superficiaria.

## **2.- Posterior evolución legislativa y desarrollo de la institución hasta la actualidad.**

### **A.- Introducción.**

La situación del derecho de superficie va a cambiar en el presente siglo, lo que va a dar lugar dos conjuntos normativos distintos: por un lado, la regulación contenida en los Códigos Civiles modernos o en leyes concretas, y por otro lado, la legislación urbanística, cuya finalidad es solucionar los problemas de viviendas y aparcamientos de las ciudades modernas.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> En este apartado se pretende analizar la regulación y el desarrollo con relación a esta figura jurídica. No obstante, el análisis de la existencia o no de dos modalidades de derecho de superficie, en nuestro ordenamiento jurídico, será objeto de un estudio posterior al final del Capítulo.

B.- Evolución y configuración del derecho de superficie en la regulación de los Códigos Civiles.

En primer lugar, y en relación con nuestro ordenamiento, no debemos olvidar la situación específica de esta figura jurídica. El Código Civil español, como ya hemos visto, la menciona y la considera análoga al censo enfiteútico. Sin embargo, y en base tanto al principio de "numerus apertus" de derechos reales, como a la flexibilización del principio de accesión, vamos a ver si es posible dar forma a la institución superficiaria con un carácter diferente. Y ello en base a que en nuestro ordenamiento, el derecho de superficie va a ser regulado por la Ley del Suelo. De manera que los problemas que a lo largo del presente trabajo vamos a desarrollar, se centran en determinar si el vacío existente en el Código Civil puede ser, o no, suplido por la regulación contenida en la ley urbanística.

Actualmente en el Derecho Foral,<sup>24</sup> la Compilación de Derecho Civil de Navarra detalla la regulación del derecho de superficie.<sup>25</sup> Inicia el estudio de dicha institución, en su Ley 427, señalando como principio general que la supresión de la vigencia del principio de accesión posibilita el nacimiento de estos derechos.<sup>26</sup> Pero lo más importante para

---

<sup>24</sup> En el presente trabajo únicamente vamos a referirnos al Derecho Foral de Navarra porque su regulación respecto al derecho de superficie es muy completo y detallado, aunque también sabemos que la Ley de Galicia 13/89 de 10 de octubre de montes vecinales en mano común se refiere, en su artículo 7º, al derecho de superficie con destino a instalaciones o edificaciones, con unas características especiales, como el plazo de duración máximo de 30 años, y su inscripción de carácter constitutivo.

<sup>25</sup> Su localización se encuentra dentro del Libro III dedicado a los Bienes, y en concreto, en el Título V, donde se hace referencia al DERECHO DE SUPERFICIE Y OTROS DERECHOS SIMILARES, que a su vez se divide en cuatro Capítulos, referentes al derecho de superficie (leyes 430 a 434), a los derechos de sobreedificación y subedificación (leyes 435 a 442), al derecho de plantaciones sobre suelo ajeno (leyes 443 a 444), además de varias disposiciones comunes a todos ellos (427 a 429).

<sup>26</sup> Así, dispone que "lo unido inseparablemente al suelo accede a la propiedad de éste, pero puede existir un derecho real sobre lo edificado o plantado en suelo ajeno, como derechos de superficie, de sobreedificación o subedificación, de propiedad horizontal y de



nuestro estudio es que su Ley 430 transcribe el concepto de la institución superficiaria, a diferencia del resto de nuestro ordenamiento, lo cual nos da la pauta para llegar a conocer su configuración, al señalar que "el derecho real de superficie confiere la facultad de construir en suelo ajeno y de mantener separada la propiedad de lo construido". Este derecho puede referirse también a la edificación subterránea".

Por lo que respecta al resto de los ordenamientos objeto de nuestro estudio, como consecuencia del silencio normativo en sus Códigos civiles decimonónicos y debido a la aceptación de la figura por la doctrina y la Jurisprudencia, producto de su existencia en la realidad social, va a ser necesario su regulación concreta.

El primer sistema donde se va a recoger la institución va a ser en el italiano. Las dudas doctrinales surgidas como consecuencia de una falta de regulación en el Codice de 1865, finalizaron con la promulgación del Codice Civile de 1942, que reconoció y reguló expresamente la institución,<sup>27</sup> resolviendo los problemas de la doctrina acerca de su configuración. Siguiendo su tradición histórica, se parte de su nacimiento como resultado de la derogación del principio de accesión considerándosela como una forma especial de propiedad, **la propiedad superficiaria**, cuyo *origen se encuentra en el gravamen que realiza el propietario del suelo sobre el mismo, es decir, a través de la constitución de un derecho real*. El primer artículo que estudia la figura, el artículo 952, señala que:

"El propietario puede constituir el derecho de hacer y mantener sobre (o bajo art. 955 C.C.) el suelo una construcción a favor de otro, que adquiere la propiedad de ella.

Igualmente puede enajenar la propiedad de la construcción ya existente separadamente de la propiedad del suelo".<sup>28</sup>

---

plantación".

<sup>27</sup> A diferencia de lo que sucede en nuestro Código Civil, el derecho de superficie se regula en el Libro III, "De la Propiedad", Título tercero, en los artículos 952 a 956.

<sup>28</sup> Artículo 952 Codice Civile:

"Costituzione del diritto di superficie. -Il proprietario può costituire il diritto di fare e mantenere al disopra (o al di sotto: 955 CC) del suolo una costruzione a favore di altri,

En el ordenamiento portugués esta modalidad urbana de la figura va a ser objeto de desarrollo en el Código de 25 de noviembre de 1966.<sup>29</sup> Regulación que no supone la derogación de la Lei nº 2030 de 22 de junio de 1948, que previamente había regulado la institución para los casos especiales previstos, es decir para su constitución por el Estado, corporaciones locales y personas colectivas de utilidad pública administrativa en favor de terceros.

El Código Civil portugués, recoge en el primer artículo dedicado a la figura, el 1.524, el concepto del derecho de superficie, señalando que:

"el derecho de superficie consiste en la facultad de construir o mantener, perpetua o temporalmente una obra en terreno ajeno, o en hacer o mantener plantaciones".<sup>30</sup>

---

che ne acquista la proprietà.

Del pari puo alienare la proprietà della costruzione già esistente, separatamente della proprietà del suolo".

Del citado artículo 952 se derivan dos procedimientos para el nacimiento del derecho de superficie:

-Según su apartado primero, se otorga la posibilidad *de hacer o mantener una edificación futura*, teniendo como efecto esencial la adquisición de su propiedad. Es el derecho que tiene el superficiario como contraposición al propietario del suelo.

-Según su párrafo segundo, surge a través de la *enajenación de la construcción ya existente*, con reserva para el propietario del suelo de dicha propiedad. Se configura el derecho de superficie desde el derecho que tiene el mismo propietario de su construcción.

El propietario del suelo consiente que un tercero ejercite la facultad más importante dentro del goce del suelo: el poder de construcción y el de mantener separadamente la construcción que realiza, o, de una edificación preexistente.

<sup>29</sup> Se consagra la institución en el Libro III, del Derecho de cosas, Título V, artículos 1.524 a 1.542, bajo la rúbrica del derecho de superficie.

<sup>30</sup> Artigo 1524 Código Civil:

"O direito de superfície consiste na faculdade ou manter, perpétua o temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantações".

Ribeiro Mendes (O direito de superfície... Cit. Pags. 341 y ss), destaca los siguientes caracteres de la Institución superficiaria:

-*Derecho real* menor por el cual se efectúa un "parcelamiento jurídico" del predio, por la derogación del principio de accesión. El titular de ese derecho tiene la facultad de construir o mantener, perpetua o temporalmente una obra en terreno ajeno o de hacer o mantener plantaciones.

-*Poder de construir* o plantar en suelo ajeno, que recaé sobre un predio objeto de

En cuanto al sistema francés hay que señalar que la institución objeto de estudio no se encuentra recogida ni en el Código Civil, ni en ley alguna, aunque tanto la doctrina como la Jurisprudencia no olvidan la existencia de supervivencias históricas que continuaban practicándose en la realidad social tras la publicación del Code.<sup>31</sup>

La doctrina francesa<sup>32</sup> no duda de la existencia de una verdadera propiedad superficiaria separada del suelo, pues el propietario de éste concede la propiedad de las edificaciones

---

propiedad del dominus soli. El derecho de superficie no debe confundirse con la propiedad superficiaria, puesto que puede existir el derecho sin que exista actualmente una propiedad superficiaria. El primer supuesto es un derecho real autónomo sobre cosa de otro mientras que el segundo es un derecho de propiedad.

-El derecho de superficie no es según el Código Civil portugués de 1966 sólo una *concesión ad aedificandum* o un derecho de plantación, sino también un derecho de *mantener una obra o plantación ya existentes enajenadas separadamente* (art. 1528 Cc), al igual que señala el art. 952 del Codice Civile.

<sup>31</sup> Baíl a domaine congeable (el arrendador propietario de la tierra -foncier- concede al arrendatario -domanier- la propiedad de los edificios o superficies que establezca las cuales revierten al arrendador mediante indemnización), o la costumbre de los Dombes (costumbre de desecar los estanques periódicamente, perteneciendo los peces a un propietario -derecho de évolage- mientras que el derecho de cultivarlo durante el periodo en que se encontraba el estanque seco pertenecía a otro propietario) o la propiedad separada de los árboles plantados a los bordes de los caminos, calles e incluso plazas públicas. Marty: El derecho de superficie en relación con la planificación urbana. R.D.U. 1972. n° 27. Pag. 39.

<sup>32</sup> Entre la doctrina estudiada que recoge la concepción de la figura como una verdadera propiedad superficiaria separada del suelo pueden citarse: Josserand: Derecho Civil I. Vol. III Traducido por Santiago Cunchillos y Manterola. 1950. Pag. 90 y 358; Carbonnier: Derecho Civil II. Vol.I. Bosch. Barcelona. Traducido por Zorrilla. 1955. Pag. 421; Ripert y Boulanger: Traité de Droit civil. D'après le traité de Planiol. T. II. Paris. 1957. Pags. 868 y ss; Mazeaud: Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Vol. IV. Traducido por Alcala Zamora. 1960. Pag. 86 y ss; Colin y Capitant: Curso elemental de Derecho Civil. Trad. por De Buen. 2ª ed. Reus. Madrid. 1961. Pags. 222 y ss; Aubry, Rau: Droit Civil Français. T. II. Paul Esmein. Septième édition. Paris. 1961. Pags. 223 y ss; Despax: Técnicas jurídicas, clásicas y modernas de utilización del suelo, subsuelo y del espacio. RDU. n° 6. 1968. Pags. 63 y ss; Marty: El derecho de superficie... Cit. Pags. 29 y ss; Marty y Raynaud: Droit Civil...Cit. Pag 232 y ss; Precis Dalloz: Droit Civil. Les Biens. Paris. 1985; Saint-Alary: Superficie. Cit. Pag. 1, y Carbonnier: Droit. Civil. Les Biens. 13ª Ed. Themis. Paris. 1990. Pags. 334 y ss. Y Planiol y Ripert (Derecho Civil Francés. T. III. Biblioteca Universitaria. Paris. 1932 quienes lo configuran como una copropiedad.

existentes. Cuando tales edificaciones aún no están realizadas la propiedad separada va a surgir a través de diversas modalidades, como por ejemplo los arrendamientos donde las partes hayan pactado la facultad del inquilino de construir, o como señala Marty<sup>33</sup> de las autorizaciones para construir al margen del arrendamiento, dentro de las relaciones familiares.

C.- Evolución y configuración del derecho de superficie en la legislación urbanística.

a.- Estudio específico de esta modalidad en nuestro ordenamiento jurídico.

Una vez expuesto como en el Derecho Comparado la figura sí es objeto de una detallada regulación, es necesario recordar que en nuestro ordenamiento jurídico únicamente se menciona la institución superficiaria en el artículo 1611 del Código Civil.

El legislador conocedor de su regulación en el Derecho Comparado y viendo sus posibilidades en relación con la edificación urbana, sin olvidar los intentos anteriores de utilización de la figura en el ámbito urbanístico,<sup>34</sup> publica en 1956, **la Ley del Suelo y**

---

<sup>33</sup> Marty: El derecho de superficie... Cit. Pag. 39

<sup>34</sup> Martín-Retortillo, Cirilo (El derecho de superficie según la Ley del Suelo. R.G.L.J. 1963. Pags. 733 y ss), señala que con anterioridad a la publicación de la Ley del Suelo, el derecho de superficie apareció timidamente en dos leyes. Nos parece interesante destacar el uso de la institución en tales normas, por ser tan anteriores a la Ley del Suelo, pues en último término podría decirse que hay un cierto paralelismo en cuanto a los fines, ya que todas ellas persiguen la utilización del suelo público para la promoción de viviendas.

En el Decreto-Ley de 10 de Octubre de 1924, Ley de casas baratas sobre construcción, mejora y transmisión, (donde se fija el concepto de casas baratas y que modifica la Ley de 10 de diciembre de 1921 en el sentido de determinar los auxilios que el estado concede para la construcción, su distribución y concesión), la institución no aparece claramente determinada, aunque en su art. 41 se establece que "el Estado, la Provincia o el Municipio podrán arrendar, vender, dar a censo o ceder gratuitamente los terrenos de su propiedad que sean adecuados para la construcción de casas baratas.." Alcubilla Diccionario de Administración. Anuario. 1925

Sin embargo, la institución superficiaria aparece con mayor claridad en el Decreto de 8 de septiembre de 1939, que contiene el Reglamento para la aplicación de la Ley de 19 de abril de 1939 de protección a la vivienda de renta reducida. Así, en su artículo 49

**Ordenación Urbana**, dando origen en este ámbito al derecho de superficie.

En dicha ley se le dedican cinco artículos (157 a 161) en la Sección Tercera, bajo la rúbrica de "cesión de derechos de superficie", dentro del Capítulo I de fomento de la edificación, encuadrado dentro del Título IV, referente al "ejercicio de las facultades relativas al uso y edificación del suelo".

Ninguno de sus preceptos, definen la figura<sup>35</sup> pero el art. 157 en su apartado 1º, lo configura como un derecho que puede constituirse por el dueño del suelo, siempre que tenga como fin la edificación de viviendas u otras edificaciones, siendo el dominio de las mismas del superficiario.<sup>36</sup> De esta forma, *se regula la figura como un derecho que puede originar una propiedad separada, aislada jurídicamente de la propiedad del suelo*.<sup>37</sup>

---

se establecía: "Las solicitudes de construcción de viviendas protegidas habrán de someterse a la aprobación provisional del Instituto.(Nacional de la Vivienda)

Solamente podrán solicitar esta aprobación los dueños de los terrenos que tengan inscrito su dominio en el Registro de la Propiedad, o los que, por lo menos, tengan a su favor un compromiso de venta firmado por tales propietarios, a excepción del caso del art. 53, o los que tengan un derecho de superficie o arrendamiento de terrenos municipales por un plazo mayor de cincuenta años, o los que insten a su favor la concesión del beneficio de expropiación forzosa sobre determinados terrenos." Alcubilla. Diccionario de Administración. Anuario. 1939

También en la práctica, aunque tímidamente, se utilizaba la figura, como es el caso del Ayuntamiento de LLerena (Badajoz), para la realización de un proyecto de edificación de casas de terrenos municipales de aprovechamiento común (Vid. Viñas Mey: El derecho de superficie y el problema de la vivienda en España. RCDI. 1929. Pags 431 y ss).

<sup>35</sup> Al ser una Ley de carácter urbanístico no regula la figura, sino que parte de la concepción que de la misma existe en el resto del ordenamiento jurídico, con el fin único de "construir viviendas y otras edificaciones determinadas en los Planes de Ordenación."

<sup>36</sup> Ley del Suelo de 1956. Art. 157

Apartado 1º: "El Estado, las Entidades locales y las demás personas públicas, dentro del ámbito de su competencia, así como los particulares, podrán constituir el derecho de superficie en suelo de su pertenencia con destino a la construcción de viviendas u otras edificaciones determinadas en los Planes de ordenación, el dominio de las cuales corresponderá al superficiario."

<sup>37</sup> Aunque será objeto de estudio durante el presente trabajo, queremos señalar como la Ley del Suelo sostiene la distinción entre la propiedad del suelo y la propiedad de lo

En este estado de cosas, tras la publicación, apenas tres años antes, de la Ley del Suelo y la iniciación con su creación de un cambio en la concepción de la figura, en 1959 se publica **la Reforma del Reglamento Hipotecario**, que incide directamente sobre la materia objeto de estudio.<sup>38</sup>

Introduce únicamente en un artículo, el 16 apartado 1º, la eficaz constitución de la figura, a efectos registrales, pues como más adelante profundizaremos, tiene únicamente en cuenta la regulación contenida en la Ley del Suelo. Dicho precepto se halla encuadrado en el Título I dentro del Apartado dedicado "a los bienes y derechos inscribibles y títulos sujetos a inscripción".<sup>39</sup>

---

edificado. Así ocurre cuando regula la extinción del derecho por transcurso del plazo cuyo efecto radica en que el dueño del suelo hará suya la propiedad de lo edificado; o, cuando previene la extinción del derecho en el supuesto de reunirse en una misma persona los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario. (Arts. 289-3 y 5 de la actual L.S.)

<sup>38</sup> Reforma del Reglamento Hipotecario de 17 de Marzo de 1959.

Su finalidad consiste, a mi juicio, en relación con la institución objeto de estudio, en adecuar la regulación hipotecaria a la Ley del Suelo de 1956.

Así, en su Preámbulo se decía que "Mención especial merece el artículo 16. La superficie, aparte de una ligera referencia del Código Civil, había sido objeto de ciertos artículos en la Ley del Suelo; pero era necesario el desenvolvimiento reglamentario de aquellos precedentes sustantivos que aliviara la orfandad de una regulación precisa y permitiera traducir a la realidad figura jurídica tan sugestiva. El mismo artículo da cauce, por primera vez, al derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o realizar construcciones bajo su suelo sin constituir derecho de superficie....".

<sup>39</sup> Artículo 16, apartado 1º del Reglamento Hipotecario:

"Para su eficaz constitución deberá inscribirse a favor del superficiario, el derecho de constituir edificios en suelo ajeno, y el de levantar nuevas construcciones sobre el suelo o efectuarlas bajo el suelo de fundos ajenos. Los títulos públicos en que se establezca dicho derecho de superficie deberán reunir, además de las circunstancias generales necesarias para su inscripción, las siguientes:

A.- Plazo de duración del derecho de superficie, que no excederá de cincuenta años. Y transcurrido el plazo, lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo pacto en contrario.

B.- Determinación del canon o precio que haya de satisfacer el superficiario, si el derecho se constituyere a título oneroso, pudiéndose estipular, la reversión del todo o parte de lo edificado a favor del dueño del suelo al expirar el plazo convenido.

C.- Plazo pactado para realizar la edificación, que no podrá exceder de cinco años;

No se define la institución, pero del apartado A del artículo, interpretado a sensu contrario, se infiere la existencia de una propiedad distinta (que se denominará superficiaria) a favor del superficiario, pues se señala que transcurrido el plazo, que no deberá exceder de cincuenta años, lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo.

En el apartado 2º del artículo 16, se otorga la posibilidad de levantar nuevas construcciones sobre el vuelo o efectuarlas bajo el suelo de fundos ajenos sin necesidad de conceder un derecho de superficie, posibilitándose la edificación a toda persona y no únicamente al superficiario. Así aparece en nuestro ordenamiento una nueva figura jurídica: el derecho de vuelo,<sup>40</sup> al que nosotros preferimos denominar **DERECHOS DE SOBREE-DIFICACION o SUBEDIFICACION sobre finca ajena**.<sup>41</sup>

Con el nacimiento de esta nueva dimensión construible, el espacio aéreo de una

---

sus características generales, destino y costo del presupuesto.

D.- Pactos relativos a la realización de actos de disposición por el superficiario.

E.- Garantías de trascendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato.

No serán inscribibles las estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso".

<sup>40</sup> Artículo 16 apartado 2º del Reglamento Hipotecario:

"El derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del número tercero del art. 8 de la Ley y sus concordantes. En la inscripción se hará constar:

- a) las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas que se establezcan para su determinación.
- b) Las normas de régimen de comunidad, si se establecieren, para el caso de hacerse la construcción."

<sup>41</sup> Dichas figuras no tiene una regulación expresa en el Código Civil. No obstante, la doctrina las enmarca dentro del art. 350 del citado texto legal al establecer las facultades y extensión del derecho de propiedad.

El estudio de estas figuras se realizará más adelante al distinguir los derechos de sobreedificación y subedificación superficiarios de los no superficiarios.

construcción, también denominado vuelo,<sup>42</sup> y, por consiguiente, apto para el aprovechamiento urbanístico, se facilita la extensión del contenido del derecho de edificación sobre o bajo el fundo ajeno.

En la posterior **Reforma de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 1975**, sancionada por Real Decreto de 9 de abril de 1976, y como consecuencia del interés que

---

<sup>42</sup> La Ley no otorga una denominación expresa a esta nueva figura. Ha sido la doctrina científica quien ha acuñado los distintos términos, creando con ello una gran confusión.

El **DERECHO DE VUELO** es uno de los términos más utilizados por los autores entre otros Nuñez Ruiz: Dictamen sobre el Derecho de superficie, la división horizontal del dominio y otras figuras afines. R.D.U. 1972. Pag. 123 y ss; Soto Bisquert: El derecho de Vuelo. R.C.D.I. 1971. Pag. 924 y ss, Escrivá de Romani: Lo imperativo y lo dispositivo en la propiedad horizontal. R.C.D.I. 1967. Pag. 1249, y, Amorós Guardiola: Comentarios a las Resoluciones de la D.G.R.N. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Años 1962 a 1982. Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 1970. Tecnos. Madrid. 1983. Pag 197 y ss.

No obstante, entiendo que este término, puede crear confusión con el derecho de superficie rústica, regulado en el art. 30 del Reglamento Hipotecario.

Con mayor acierto aparecen los términos de **DERECHO DE SOBREVUELO O SUBSUELO**, que han sido utilizados por Garrido de Palma: ¿Superficie solo cedit?. El principio de accesión y el derecho de superficie. R.D.N. 1969. Pag.163; Font Boix: El Derecho de vuelo y el derecho de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal. R.D.N. 1967. Pag. 11 y ss; y Roca Sastre: Ensayo sobre el derecho de superficie. RCDI. 1960. Pag. 7 y ss.

Otra fórmula de gran aceptación por la doctrina, es la utilización del vocablo, **DERECHO DE LEVANTE**. Autores que siguen este modelo son Campos Porrata: El renacido derecho de superficie. A.A.M.N. Tomo 17. 1967. Pag. 255 y ss, y Fernández Martín-Granizo: La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español. EDERSA. Madrid. 1973. Pags. 314 y 315 (aunque no de manera expresa, utiliza tal vocablo).

La utilización del término **DERECHO DE SOBREELEVACION**, de origen italiano, es usado por Fuentes Lojo: Duración del derecho de superficie y del de sobreelevación. R.J.C. 1967. Pag 560 y ss; y Batlle Vazquez: Las casas divididas por pisos y el registro de la Propiedad. R.C.D.I. 1961. Pag. 421.

Para finalizar, señalar que el Fuero Navarro utiliza los términos de **DERECHOS DE SOBREDIFICACION Y SUBEDIFICACION** para designarlos. Y algún autor ha seguido esta corriente entre otros Domenge Amer: El Derecho de sobreedificación y subedificación. Palma de Mallorca. 1983.

Designación, que por su claridad a nosotros nos parece la más correcta, y por eso vamos a usarla.



despertó la figura en el plano urbanístico,<sup>43</sup> como así se manifiesta en su propia Exposición de Motivos, el legislador introduce ciertas novedades para su mayor utilización.<sup>44</sup>

Interés que ha ido en aumento hasta llegar a la actual regulación, pues la Ley del

---

<sup>43</sup>Pues como señala Gonzalez-Berenguer y Urrutia (Teoría y práctica de la Ley del Suelo. Abella. 1964. Pag. 128) "supone un elogiabile intento de acercamiento de la ley a la vida".

<sup>44</sup> **EXPOSICION DE MOTIVOS de la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana**, (el Texto Refundido fue aprobado por RD 1346/1976, de 9 de abril), establece en su apartado VIII lo siguiente:

"El derecho de superficie como fórmula de disociación de la propiedad y del uso del suelo es una de las figuras que está mereciendo creciente atención en todos los países como instrumento de política del suelo. A cambio de una limitación temporal en el uso de los terrenos, se obtienen a un menor coste, con lo que se reduce el volumen inicial de recursos necesarios en el sector inmobiliario o en otras actividades productivas para atender a las necesidades de la demanda".

Representa también un mero estímulo para la movilización del suelo por los propietarios privados, que pueden así poner en el mercado estos bienes a disposición de los promotores sin renunciar a su recuperación futura con la revalorización correspondiente. La promoción industrial y el fomento de las viviendas en alquiler pueden encontrar en el derecho de superficie un complemento de gran interés. Desde la perspectiva de los patrimonios públicos de suelo, el derecho de superficie puede y debe ser un instrumento mediante el que, cada vez más, se procure que el derecho de propiedad sobre suelo urbano, una vez que entre en la esfera patrimonial de la Administración, no salga de la titularidad pública; el incremento no sólo en el espacio, sino en el tiempo, de los patrimonios públicos de suelo, debe seguir siendo pieza clave de la política urbanística. De esta manera la Ley del Suelo introduce competencias específicas en materia de urbanismo en favor de los Ayuntamientos, como la constitución de derechos de superficie sobre suelo propio (García de Enterría y Parejo Alfonso: Lecciones de Derecho Urbanístico. Civitas. Madrid. 1981. Pag. 149 y ss).

Las novedades más importantes en esta materia consisten en la ampliación del objeto, de la finalidad, del plazo y de las modalidades de contraprestación. Con estas innovaciones y con el otorgamiento de determinados beneficios se aspira a crear los presupuestos económicos y jurídicos indispensables para que esta figura deje de ser una pura posibilidad legal y adquiera carta de naturaleza en la realidad jurídica española."

En virtud de dicha normativa se publicó el **Decreto de 2 de mayo de 1978 sobre constitución de Sociedades urbanísticas por el Estado, Organismos Autónomos y Corporaciones Locales**. En su art. 6-2 se regula la posibilidad de que las Corporaciones Locales puedan aportar o transmitir onerosamente, los terrenos de que sean propietarios y resulten afectados por una actuación urbanística, tanto en pleno dominio, como en derecho de superficie.

Suelo de 1976 ha sido derogada por la Disposición derogatoria única del **Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se apueba el Texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana**, el cual trata al derecho de superficie en los artículos 287 a 290, sin que esto signifique que se haya producido modificación alguna de interés en la configuración de la institución objeto de estudio.<sup>45</sup>

b.- Comparación con los diferentes sistemas.

En casi todos los países europeos, el debatido tema del derecho de superficie, comenzó a tener auge como medio para la planificación urbanística del territorio, y como solución a varios problemas que han surgido, principalmente el de la vivienda y el de la escasez de aparcamientos.<sup>46</sup>

No obstante, la situación no es la misma en nuestro sistema jurídico, donde no hay una regulación de la institución en el Código Civil, y se ha acudido a la vía urbanística para su regulación y desarrollo, que en los ordenamientos que seguidamente vamos a

---

<sup>45</sup> Tras la publicación de la **Ley 8/1990 de 25 de julio sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo**, se hizo necesaria la adaptación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación urbana, de 9 de abril de 1976, razón por la cual se promulgó la vigente Ley de 26 de junio de 1992.

El motivo de la reforma del régimen urbanístico tuvo su origen en el fuerte incremento del precio del suelo, de su repercusión en los precios finales de las viviendas, y por consiguiente, en los costes de implantación de actividades económicas, lo que indujo al legislador a promover las condiciones necesarias para conseguir una utilización del suelo de acuerdo con el interés general e impedir la especulación. Sin olvidar las innovaciones que en materia urbanística introdujo la Constitución, al atribuir a las Comunidades Autónomas competencias sobre ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, además de imponer una regulación del suelo acorde con el interés general que impida su especulación como acabo de señalar, a cuyo efecto se prevé que la Comunidad participe de las plusvalías que genere la acción urbanística de los poderes públicos.

Vid. De los Mozos: Especulación del suelo y derecho real de superficie urbana. RDU. 1970. Pag. 13 y ss, y La tecnificación del derecho de superficie y sus posibilidades urbanísticas, en Estudios sobre derecho de los Bienes. Montecorvo. Madrid. 1991.

<sup>46</sup> Sobre este tema, Vid. Arnaiz Eguren: Los aparcamientos subterráneos. Notas sobre su organización jurídica y su acceso al Registro de la Propiedad. Civitas. Madrid. 1993.

estudiar. En éstos la institución esta recogida tanto en sus Códigos Civiles como en leyes específicas que pormenorizadamente estudian la institución, partiendo para la existencia de la misma en su ámbito urbanístico de una regulación previa en el ámbito privado.

a'.- Derecho de superficie en la legislación urbanística italiana actual.

Dentro del ámbito urbanístico, esta institución fue utilizada para la concesión del derecho a edificar a los particulares sobre suelo edificable de propiedad pública. Igualmente se ha empleado, a través de la expropiación, como limitación a la facultad de construir de determinados propietarios, en favor de otros.

A juicio de Busnelli,<sup>47</sup> en ningún caso se desalentó la especulación, ni tuvo repercusión en los precios del terreno, ni supuso la posibilidad de favorecer el destino del suelo urbano para la consecución de fines colectivos. Sin embargo, a pesar de tales consideraciones, en la Ley número 685 de 22 de octubre de 1971,<sup>48</sup> se procedió a regular con gran precisión y detalle la concesión de suelos, patrimonio indisponible del municipio o del consorcio,<sup>49</sup> en derecho de superficie para la construcción de casas de tipo

---

<sup>47</sup> Busnelli: Diritto Civile. I Diritto reali. Utet. Torino. 1989 Pags. 165 y ss.

<sup>48</sup> Ley de 22 de octubre de 1971, Programmi e coordinamenti dell'edilizia residenziale pubblica. Norma sobre la expropiación por utilidad pública (arts. 35, 36 y 37), que modificó la Ley número 167 de 18 de abril de 1962, Disposizione di aree fabbricabili per l'edilizia economica e popolare.

<sup>49</sup> Los suelos a los que vamos a hacer referencia fueron expropiados por la comunidad o el consorcio a través de la Ley de 18 de abril de 1962, pasando a formar parte del patrimonio indisponible de los municipios y del consorcio.(art. 35)

El artículo 36, señala que "las disposiciones contenidas en el artículo anterior (y a las que a continuación voy a referirme datalladamente, pues regulan le concesión del derecho de superficie), no se aplican al suelo que a la entrada en vigor de la presente ley sean adquiridas previa asignación, por las entidades públicas o las cooperativas, o cedidas también en superficie, por el ayuntamiento a particulares.. o estén en curso de procedimiento de expropiación..."

económico y popular o relativos a servicios urbanos o sociales.<sup>50</sup>

Como última novedad legislativa,<sup>51</sup> la ley número 122 de 24 de marzo de 1989 (Legge Tognoli),<sup>52</sup> regula la cesión de aparcamientos a través del derecho de superficie. Dicha Ley, prevé en su art. 9-4º, la realización sobre terreno público o en el subsuelo de los mismos Ayuntamientos, de aparcamientos de inmuebles privados. Suelos destinados a aparcamientos que son enajenados bajo la forma de cesión del derecho de superficie, a

---

<sup>50</sup> Entre los puntos primordiales de dicha normativa (art. 35) baste señalar que la duración del derecho de superficie concedido a las entidades públicas para la realización de instalaciones o de servicios públicos es por un tiempo indeterminado, mientras que en los demás casos tendrá una duración no inferior a 60 años y no superior a 99.

La figura se regulará por convenio, debiendo preverse:

- que el canon de la concesión deberá tener una cuantía igual al coste de la adquisición de las áreas así como las obras de urbanización si ya se han realizado.
- el canon de la obra de urbanización si ésta es por cargo del ayuntamiento o del consorcio, las garantías financieras, los elementos proyectados a seguir en la obra, y la modalidad del control sobre las ejecuciones, así como los criterios y la modalidad de transferencia posterior a los ayuntamientos y a los consorcios.
- las características de la construcción y la tipología de los edificios a realizar.
- la fecha de inicio y de terminación de los edificios y de la obra de urbanización.
- los criterios para la determinación y la revisión periódica de los cánones de arrendamiento así como la determinación del precio de cesión de la vivienda, cuando ésta se consienta.
- la sanción a cargo del concesionario por la inobservancia de las obligaciones establecidas en la convención y en caso de mayor gravedad, tal inobservancia comporta el término de la concesión y la consiguiente extinción del derecho de superficie.
- los criterios para la determinación de la retribución en caso de la renovación de la concesión, cuya duración no puede ser superior a la prevista en el acto originario.

El art. 37, establece que en caso de procedimiento ejecutivo sobre el inmueble construido sobre suelo de concesión superficiaria podrá ser adjudicado a los sujetos que tengan o cumplan los requisitos para su asignación de casas económicas o populares. En aquellos casos en que se verifique el transcurso de la concesión y la consiguiente extinción del derecho de superficie, los entes que han concedido dicho derecho de superficie, se subrogan en las relaciones obligatorias derivadas de los préstamos hipotecarios.

<sup>51</sup> A decir de Guarneri: Superficie. Riv. Dir. Civ. Padova 1991. Pag 445.

<sup>52</sup> Circolazione Stradale. L. 24 marzo 1989, n 122. Voce 88. Legge A/CLXXV. Pag. 611 A. (Publicata nella Gazz. Uff. 6 aprile 1989, n. 80). Disposizioni in materia di parcheggi, programma triennale per le aree urbane maggiormente popolate, nonché modificazioni di alcune norme del testo unico sulla disciplina della circolazione stradale, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 15 giugno 1959, n° 393.

través de un convenio donde se establecerá: la duración de la concesión del derecho de superficie que no podrá ser superior a noventa años; las características de la obra, las medidas económicas previstas para su realización, y los plazos para la ejecución de la obra. Los titulares del derecho de superficie pueden ser particulares, sociedades, e incluso cooperativas constituidas por ellos mismos.<sup>53</sup>

Por otro lado, la misma ley establece en el párrafo 5º del anterior precepto, que la cesión de los citados aparcamientos debe hacerse de manera conjunta con la unidad inmobiliaria a que pertenece, bajo pena de nulidad del acto de cesión.<sup>54</sup> El fundamento de esta norma reside en la prohibición existente en el Codice Civile de constituir un derecho de superficie en el subsuelo, cuando no haya una construcción preexistente en su superficie.

b'. - Derecho de superficie en el urbanismo francés.

Esta figura es utilizada para la resolución de los problemas territoriales de especulación, a través de las operaciones inmobiliarias complejas (conjuntos inmobiliarios

---

<sup>53</sup> Art. 9 párrafo 4º: I comuni, previa determinazione dei criteri di cessione del **diritto di superficie** e su richiesta dei privati interessati o di società anche cooperative appositamente costituite tra gli stessi, possono prevedere nell'ambito del programma urbano dei parcheggi la realizzazione di parcheggi da destinare a pertinenza di immobili privati su aree comunali o nel sottosuolo delle stesse. La costituzione del diritto di superficie è subordinata alla stipula di una convenzione nella quale siano revisti:

a.- la durata della concessione del diritto di superficie pero un periodo non superiore a novanta anni;

b.- il dimensionamento dell'opera ed il piano economico-finanziario previsti per la sua realizzazione;

c.- i tempi previsti per la progettazione esecutiva, la messa a disposizione delle aree necessarie e la esecuzione dei lavori;

d.- i tempi e la modalità per la verifica dello stato di attuazione nonché la sanzioni previste per gli eventuali inadempimenti.

<sup>54</sup> Art. 9-5º: "I parcheggi realizzati ai sensi del presente articolo non possono essere ceduti separatamente dall'unità immobiliare alla quale sono legati da vincolo pertinenziale. I relativi atti di cessione sono nulli."

horizontales y verticales).<sup>55</sup>

Al no ser una institución regulada legalmente, como ya hemos visto, el derecho de superficie surge de numerosas combinaciones, debiendo concretarse en cada caso, a través de los convenios particulares. Así, el derecho de superficie va a ser utilizado en distintas operaciones urbanísticas, pudiendo constituir un edificio en propiedad horizontal, o también puede ser utilizado en los conjuntos inmobiliarios complejos.<sup>56</sup>

En un primer momento, el derecho de superficie, fue utilizado a través de dos mecanismos: socialización del suelo, y, noción de espacio público. La primera de las técnicas señaladas, municipalización o socialización del suelo, consiste en la enajenación del dominio privado de las colectividades territoriales, aunque también se utiliza para la conservación de ciertos bienes públicos de carácter marítimo, (construcción de diques y puertos). Pero donde se emplea con mayor intensidad es en espacios sin urbanizar (estaciones de montaña, de desarrollo rural, o de turismo).

En la ley de Orientación Territorial de 30 de diciembre de 1967 y su reforma de 1975,<sup>57</sup> el legislador preconizó la explotación del suelo público perteneciente al Estado

---

<sup>55</sup> Marty: La dissociation juridique de l'immueble. Contribution a l'étude de droit de superficie. Librairie générale de droit et de jurisprudence. Paris. 1979. Pags. 223 a 226

<sup>56</sup> "El conjunto inmobiliario complejo resulta de la constitución sobre el asiento fundiario del conjunto inmobiliario de derechos de propiedad perpetuos separados del suelo, sin indivisión entre ellos. Es decir, de derechos de superficie unidos por una red de servidumbres." Marty: La dissociation juridique... Cit. Pag. 183.

<sup>57</sup> Señala Marty, cómo en el Consejo Económico y Social de 1961, se estudió si era necesaria la creación de una Agencia Territorial Urbana que se encargase de adquirir los terrenos, y, sin llegar a ser la propietaria de los mismos, se ocupase de ceder el derecho de construir sobre los mismos. Esta técnica de socialización del suelo fue descartada por la Ley de Orientación Territorial de 30 de diciembre de 1967 y de Reforma Fundiaria de 30 de diciembre de 1975, cuyo fin era la concesión a los Ayuntamientos de los medios de adquirir los suelos urbanos, para su apropiación, o el otorgamiento de un derecho preferente de compra.

o corporaciones locales, a través de la disociación temporal, como único medio de utilización de dichas zonas, acudiéndose para ello al arrendamiento con facultad para construir, y a las concesiones inmobiliarias<sup>58</sup>: constituyéndose como señala Marty un derecho de superficie.<sup>59</sup>

La segunda de las técnicas propuestas fue la noción de espacio público, es decir, la apropiación pública del suelo utilizando la idea del volumen de Savatier, de forma que una parte del espacio, (suelo público) propiedad de la colectividad, se conceda al propietario-superficiario.

Marty critica esta tesis,<sup>60</sup> señalando que tal concepción conduce a la creación de un derecho de superficie de la persona pública sobre el espacio público, construido y restituido al fin de la concesión. Continúa afirmando que admitir la existencia de un derecho de propiedad sobre todas las construcciones, es posible de lege ferenda, pero resulta o una ficción, o reconocer un carácter incorporeal al derecho de propiedad, pues sólo un volumen incorporado es susceptible de un derecho de propiedad corporal.

---

<sup>58</sup> Concessions immobilières (creadas por la Ley de Orientación inmobiliaria nº 67-1253 de 30 de diciembre de 1967) "es el contrato por el cual el propietario de un inmueble o de parte de un inmueble, construido o no construido, confiere su goce a una persona denominada concesionario, por una duración mínima de veinte años y a cambio de una prestación anual". Dentro del goce se le puede conceder al concesionario el derecho de construir. Así se dispone "que puede realizar toda construcción que estime necesaria, salvo que se establezca lo contrario en el contrato". Para el análisis de la Concesión inmobiliaria vamos a seguir el estudio realizado por Saint-Alary: Concession immobilière. Encyclopedie Dalloz. Jurisprudence Generale. Paris. 1989. Pag. 1 y ss.

<sup>59</sup> La Ley de Orientación Fundiaria prevé que "los inmuebles pertenecientes al Estado, no podrán ser objeto de cesión alguna en propiedad plena". Por el contrario, estos bienes inmuebles pueden tener como objeto la concesión del uso del suelo en los arrendamientos con facultad para construir y en las concesiones inmobiliarias, por un periodo máximo de 90 años sin prórroga. (art. 14 Ley Orientación Fundiaria). Marty: La dissociation juridique... Cit. Pag 217.

<sup>60</sup> Marty: La dissociation... Cit. Pag. 226.

El derecho de superficie es un mecanismo flexible que permite resolver jurídicamente el problema de la separación fundamental existente entre el suelo público y el espacio privado (construcción) a nivel material, posibilitando la *cohabitación de dos dueños que en volúmenes representan dos propiedades*.

No obstante, donde el derecho de superficie va a tener un verdadero desarrollo va a ser en el arrendamiento enfiteútico (*bail emphytéotique*), el arrendamiento con facultad para construir (*bail à construction*), y el comercial.<sup>61</sup> Estas modalidades se integran en convenios donde la construcción es una obligación para el arrendatario, y a cambio se le

---

<sup>61</sup> El **arrendamiento enfiteútico** (regulado por la ley de 25 de junio de 1902, cuyas disposiciones fueron introducidas dentro del Code rural formando parte de los arts. 937 a 950) es un arrendamiento de inmueble por el cual el arrendatario obtiene del arrendador un derecho real inmobiliario especial de larga duración, denominado enfiteusis, que le confiere el uso y el goce (con un carácter más complejo que en el arrendamiento ordinario), a cambio de un canon anual.

Pero lo que más nos interesa de este tipo de arrendamiento es que puede conferir al enfiteuta el derecho a construir sobre un terreno edificios destinados al uso de habitación o vivienda. Las partes, en dicho arrendamiento, tienen la voluntad de crear, en beneficio del arrendatario, un verdadero derecho real susceptible de ser cedido e hipotecado. El propietario conserva sus derechos de arrendador, y también sus obligaciones pero se ve despojado de una facultad tan importante como la de construir en favor del enfiteuta. Giverdon: *Bail emphytéotique*. Encyclopedie Dalloz. Jurisprudence Generale. Paris. 1989. Pag. 1. Y Malaurie y Aynès: *Cours de Droit Civil. Les contrats spéciaux*. 5ª ed. Paris. 1991. Pag. 332.

El Decreto de 30 de septiembre de 1953, que regula el **arrendamiento comercial**, se aplicará a "los arrendamientos de los terrenos sin edificar sobre los cuales se proceda a edificar, -ya sea antes o después del arrendamiento-, construcciones para uso comercial, industrial o artesanal, a condición de que estas construcciones sean elevadas o explotadas con el consentimiento expreso del propietario".

Las construcciones pueden ser edificadas con anterioridad o posterioridad a la conclusión del arrendamiento. La alusión a las construcciones existentes en el momento de la firma del arrendamiento puede parecer extraña. Sin embargo, puede comprenderse en dos supuestos: porque se trate de un arrendamiento consecuencia o consecutivo de otro arrendamiento anterior, del cual el inquilino ya hizo construir todo y conserva la propiedad de las construcciones porque el derecho de accesión continua excluido. O puede ser el caso de un arrendamiento que recaé sobre un terreno donde existen las construcciones las cuales estén afectas a un uso comercial.

En todo caso, el derecho de accesión produce sus efectos al final del arrendamiento pasando a ser la construcción propiedad del arrendador. Brière de l'isle: *Baux commerciaux*. Dalloz. Paris. 1979. Pags. 48 a 51.



concede un derecho de propiedad temporal sobre la construcción.

Así, en el arrendamiento enfiteúutico, el art. 946 del Code rural, señala que el enfiteuta se beneficia del derecho de accesión durante la existencia de la enfiteusis.<sup>62</sup> En caso de que el enfiteuta realice una construcción, se le reconocerá su derecho de accesión sobre el fundo, lo que originaría una auténtica propiedad sobre la misma. La ley concede al enfiteuta no un derecho real desmembrado, sino una verdadera propiedad, lo que origina un auténtico derecho de superficie. Este derecho no es incompatible con ciertas limitaciones que residen precisamente en el carácter temporal del arrendamiento, como puede ser su obligación de conservar la construcción, y, la imposibilidad de demoler la misma.<sup>63</sup> De modo que la derogación de la accesión en beneficio del enfiteuta, se acompaña del ejercicio de todas las atribuciones de la propiedad, siempre que pueda compatibilizarse con los derechos del otro propietario.<sup>64</sup>

A través de la ley de 18 de diciembre de 1964,<sup>65</sup> el legislador introduce un medio

---

<sup>62</sup> De manera que al enfiteuta se le reconoce inicialmente un derecho sobre la cosa, es decir sobre el fundo, un derecho real desmembrado caracterizado por un goce particular que le autoriza, por ejemplo, a conceder servidumbres durante la existencia de su concesión.

<sup>63</sup> Las mejoras y las construcciones hechas por el inquilino no pueden ser destruidas por él, sino que deberán pasar a ser propiedad del arrendador una vez finalizado el arrendamiento, sin que éste último deba pagar indemnización alguna (C. rur. 943-2). No obstante, puede convenirse expresamente o implícitamente en el contrato de arrendamiento, que el inquilino tendrá derecho a una indemnización. Giverdon: Bail emphytéotique... Cit. Pag. 2.

<sup>64</sup> Marty (La dissociation... Cit. Pag. 248) recoge un ejemplo de derecho de superficie surgido del arrendamiento enfiteúutico. Señala que en la sentencia de 2 de octubre de 1968, el Consejo de Estado sentenció que el Departamento del Sena podía perfectamente otorgar un arrendamiento enfiteúutico cuyo objeto era la construcción de un edificio en su superficie y por otro lado un arrendamiento enfiteúutico para la realización de un aparcamiento en el subsuelo del inmueble resultante del dominio privado de esta colectividad.

<sup>65</sup> El bail à construction (contrato creado por la ley nº 64-1247 de 16 de diciembre de 1964, tras diversas modificaciones y reformas, su regulación pasará a formar parte del

por el cual podrán realizarse operaciones de urbanización: nos referimos al arrendamiento con facultad para construir (bail à construction). En este tipo de arrendamiento, el inquilino dispone de un verdadero derecho de propiedad, cedible, susceptible de gravamen, con las cargas normales y que deberá reconstruir en caso de incendio. El inquilino de un arrendamiento en construcción tendrá su derecho de propiedad limitado por los pactos del contrato, lo que significa que su precariedad y el destino de su situación resulta de la duración del arrendamiento.

Por otro lado, este arrendamiento aparece como elemento esencial dentro de las operaciones de urbanización, en las cuales "el legislador tiende a conciliar la conservación de la propiedad del suelo por la colectividad con una aspiración a la propiedad privada individual."<sup>66</sup>

En todo caso, el arrendamiento con facultad para construir permite comprender la ausencia en el ordenamiento jurídico francés de una regulación particular del derecho de superficie como puede encontrarse en los otros ordenamientos que hemos visto. De manera que "el arrendamiento con facultad para construir constituye la ley superficiaria moderna en el ordenamiento francés".<sup>67</sup>

Marty,<sup>68</sup> ha estudiado desde una perspectiva, a su juicio más dinámica y técnica, las relaciones que el derecho de superficie tiene en la actualidad como elemento de orga-

---

Code de la construction et de l'habitation, en sus preceptos, L. 251-1 a 251-99) se caracteriza por su finalidad: la edificación por el inquilino de construcciones sobre un terreno arrendado a su propietario, sobre las cuales ostentará la propiedad temporal. Para el estudio de esta figura vamos a seguir a Saint-Alary: Bail à construction. Jurisprudence Generale. Encyclopedie Dalloz. Paris. 1989. Pag. 1.

<sup>66</sup> Marty: La dissociation juridique... Cit. Pag. 249.

<sup>67</sup> Marty: La dissociation juridique... Cit. Pag. 254.

<sup>68</sup> Marty: La dissociation juridique... Cit. Pags 233 a 252.

nización de operaciones de inversión inmobiliaria. Los contratos que estudia son el de empresa (contract d'entreprise),<sup>69</sup> la venta de inmuebles a construir sin cesión del suelo (vente d'immeuble a construire sans cession du sol) en sus dos vertientes, venta a término (vente a terme) y venta condicionada a una futura finalización (vente en l'état futur achevement);<sup>70</sup> y la construcción para uso de habitación (construction a usage d'habitation).<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> El contrato de empresa se encuentra introducido en el Code Civil bajo la denominación de arrendamiento de obra o de industria.

En este tipo de contrato según Marty, la separación entre suelo y edificación es evidente, puesto que el suelo nunca es objeto del contrato. De manera que el contratista se compromete a realizar una construcción, utilizando para ello los materiales que él mismo aporta, sobre un suelo ajeno.

Marty concluye señalando la inexistencia de un derecho de superficie, por la necesidad de contemplar este contrato desde el ángulo de la incorporación de la edificación al suelo, y no por referencia a la accesoriedad de la misma. De manera que la edificación inmobiliaria no puede efectuarse sin su incorporación al suelo.

Entiendo que no es posible considerarlo derecho de superficie, porque en realidad estamos ante un arrendamiento de obra, donde lo que se persigue no es otorgar la propiedad de la edificación, sino únicamente realizar la obra convenida sobre suelo ajeno. Mientras que el superficiario es el propietario del suelo, que corre con los gastos de la edificación y quien va a continuar siendo propietario de la misma sobre el suelo ajeno cuando la construcción haya finalizado.

<sup>70</sup> La ley de 3 de enero de 1967 regula la venta del inmueble a construir según el cual "el vendedor se obliga a edificar un inmueble dentro del plazo determinado en el contrato" (art. 1601 Cod. Civ).

En la venta a término el vendedor se compromete a entregar el inmueble cuando estén terminadas las obras. La transferencia de la propiedad se opera de pleno derecho por constatación, a través de acta auténtica, de la finalización del inmueble, produciéndose sus efectos retroactivamente.

En la venta condicionada a su finalización futura, el vendedor transfiere inmediatamente al adquirente sus derechos sobre el suelo y también la propiedad de la construcción existente. Las obras van siendo adquiridas en la medida en que se van ejecutando.

Marty llega a la conclusión, que compartimos, de que podría surgir la disociación en este último supuesto, si fuera posible pensar en que el objeto de esta venta de inmueble futuro fuera únicamente el edificio y no el suelo. Hecho que no suele ser probable pues la venta del edificio generalmente conlleva la del suelo, a no ser que se haya dispuesto lo contrario, en cuyo caso sí sería un derecho de superficie.

<sup>71</sup> En el art. 44 de la ley de 3 de enero de 1967, el legislador ha posibilitado la fórmula de venta de inmuebles a construir por la cual "se obliga a edificar o a hacer edificar un inmueble o parte de un inmueble para uso de habitación...o que se procure directa o

Aunque concluye que sólo se puede llegar a la constitución de la institución superficiaria, a través del contrato de construcción para uso de habitación.

c'. - Desarrollo urbanístico del derecho portugués.

La institución superficiaria fue objeto de un pormenorizado desarrollo en la Ley 2030 de 22 de junio de 1948. Posteriormente se introdujo en la Ley dos Solos de 5 de noviembre de 1976.<sup>72</sup>

La publicación de la ley nº 2030 de 22 de junio de 1948, supuso, al igual que ocurre en nuestro ordenamiento, la entrada o legalización dentro del ámbito urbanístico, de la institución superficiaria hasta ese momento inexistente en el ámbito del Código Civil. La finalidad de dicha ley, aún vigente, es el fomento de la construcción de viviendas a través de diversas figuras jurídicas, como la expropiación, el derecho de superficie, el régimen de la propiedad de casas por pisos o propiedad horizontal y los arrendamientos urbanos. Su destino es la construcción de edificios en terrenos de dominio privado del Estado, de las Corporaciones Locales y de las personas colectivas de carácter administrativo a terceros. En ella nos encontramos con una sistematización bastante minuciosa y detallada, (necesaria en ese momento por su falta de regulación en el Código Civil) que aparece recogida en los

---

indirectamente el terreno o el derecho de construir..."

En este supuesto sí se posibilita, a juicio de Marty, la creación de un derecho de superficie. Y ello porque el constructor adquiere el terreno, la propiedad del suelo, y debe concluir con el comprador una venta de un inmueble en construcción. Si las partes convienen una venta a término, no solamente el constructor conserva este derecho de superficie hasta que la obra haya finalizado, sino que la operación misma debe ser considerada como la cesión de un derecho de superficie. Dicho autor concluye señalando que no es imposible el hecho de que el edificio sea considerado previamente como objeto de derecho de superficie. Marty: *La dissociation juridique...* Cit. Pag. 243.

<sup>72</sup> Decreto-lei nº 794/76 de 5 de noviembre. Tomado de la Secretaria General del Congreso de los Diputados. Documentación. Suelo II. Nº 76. Junio 1989. (Documentación preparada para la tramitación del proyecto de Ley de reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo). Boletín Oficial del Congreso de los Diputados. Serie A. Nº 118-1 de 22 de mayo de 1989. Pag. 833 y ss.

artículos 21 a 28.<sup>73</sup> El derecho real de superficie aparece como la facultad de construir y mantener un edificio propio en terreno ajeno, sin aplicación de las reglas sobre accesión inmobiliaria.<sup>74</sup> Se reconoce la distinción entre el derecho a edificar -derecho real, enajenable a título oneroso o gratuito, transmisible por sucesión y susceptible de ser gravado con hipoteca-, y la propiedad superficiaria resultante del mismo, considerada como una propiedad imperfecta e inscribible.

Por otro lado, la Ley del Suelo de 1976 se ha encargado de regular, en los artículos 19 a 21 de su Capítulo IV, la constitución del derecho de superficie cuyo objeto son los terrenos pertenecientes a la Administración, o por ella adquiridos, -y, en esto estriba su especificidad frente a la ley urbanística anterior-, destinados a la realización de fines urbanísticos tales como la creación de conjuntos urbanos, parques industriales, ampliación de espacios verdes o espacios urbanos protegidos y de recreo; u operaciones de renovación urbana.

Posteriormente, se ha hecho uso de distintos decretos <sup>75</sup> o leyes de carácter urbanístico para la construcción, por ejemplo, de polígonos industriales a través del

---

<sup>73</sup> A juicio de Guilarte, con esta ley "el sistema portugués recoge la mejor técnica de los regímenes alemán, austriaco de la ley de 1912 e italiano, consagrando legalmente aquellas observaciones de la doctrina, después de estudiar la evolución histórica de la figura." Guilarte: El derecho de superficie... Cit. Pag. 126

<sup>74</sup> Artigo 21º de la Lei 2030 de 22 de junio de 1948:

"O direito real que consiste na facultade de implantar e manter edificio próprio em chao alheio, sem applicação das regras sobre acessao inmobiliaria, chama-se direito de superfície".

<sup>75</sup> Así, se recoge el derecho de superficie dirigido a la creación de polígonos industriales en el Decreto-Lei nº 382/76 de 20 de mayo, y en la Ley Portuaria nº 954/81, de 6 de noviembre.

También se posibilita la cesión del derecho de superficie a cooperativas; para la construcción de viviendas por los cooperativistas en régimen de propiedad horizontal, tal y como prevé el art. 4 del Decreto nº 182/72 de 30 de mayo.

derecho de superficie. En la breve Exposición de Motivos de la Lei Portaria,<sup>76</sup> se señala la utilización del derecho de superficie, como consecuencia de la elevación de los costes de creación de los polígonos industriales.<sup>77</sup>

### **3.- Consecuencias de la evolución y desarrollo de la institución superficiaria**

Una vez expuesta la evolución y el diferente desarrollo de la institución en el Derecho Positivo, vamos a profundizar en sus consecuencias para llegar a la configuración existente en cada uno de los ordenamientos.

En el primer ordenamiento de los estudiados, el italiano, desarrolla el derecho de superficie dentro de lo que hemos llamado ámbito urbano, y define la figura no desde la perspectiva de la institución en sí, sino de la del concedente, el cual ejerce su facultad de disposición sobre el suelo y, a su vez, se limita a sí mismo la facultad sobre su terreno para permitir la existencia de una propiedad separada: el poder de edificar sobre su fundo una construcción de la que no va a ser propietario. O también, a través de la enajenación de la propiedad de una construcción ya realizada, de la que se presume ya era dueño al considerarse inseparablemente unida a su suelo, pero que en virtud del poder de disposición que como dueño del suelo tiene, otorga como propiedad separada del mismo.

Tras la publicación del Codice de 1942 la doctrina, en general, afirma que estamos ante un nuevo tipo de derecho real por el cual el superficiario tiene el poder genérico

---

<sup>76</sup> Lei Portaria nº 954/81 de 6 de novembro. Estabelece as normas a que ficam submetidos os contratos de constituição de direitos de superfície sobre lotes de terreno e os contratos de utilização de pavilhões industriais e outros edifícios respeitantes a os parques industriais. Diário da República. N.º 256. 6 de novembro de 1981.

<sup>77</sup> En la Exposición de Motivos se señala cómo "considerando la elevación de los costes de construcción de los polígonos industriales que debe realizarse por la Empresa Pública de Parques Industriales (EPPI), se impone proceder a revisar los precios de constitución de derechos de superficie y cesión de pabellones en dichos polígonos, asegurándose que los nuevos valores continúen revistiendo un valor promocional..." A continuación regula los plazos, precios y prórrogas de estos derechos de superficie.

frente a todos de abstención de cualquier acto que impida la utilización de su derecho, y, en concreto, contra el propietario del suelo, el cual por su propia voluntad, se ve privado de utilizar el suelo y el subsuelo de forma perjudicial para la construcción.

Partiendo de una visión unitaria del derecho, se considera que el derecho de edificar y la propiedad superficiaria son elementos de un único derecho (pues son dos manifestaciones sucesivas en el tiempo). Por otro lado, en este sistema, el derecho de superficie no puede ser únicamente considerado como un **ius in re aliena**. Y ello porque el superficiario tiene la **propiedad de la construcción** (considerada propiedad superficiaria), y además, el **derecho de superficie sobre el suelo**, derecho real sobre cosa ajena, pues no será completa su titularidad sin su apoyo en el suelo. Sin olvidar que el concedente continúa manteniendo la propiedad sobre el suelo. No obstante, la importancia de la propiedad superficiaria como separada, va a superar a la propia importancia del derecho real que la origina.

En cuanto al ordenamiento portugués, que sigue en todo momento el ejemplo marcado por el italiano, tras haber regulado minuciosamente la figura en el ámbito urbanístico por la ley de 1948, detalla en el Código Civil de 25 de Noviembre de 1966, la institución dentro del ámbito privado. Se le considera como una "figura compleja", y en concreto como un ***derecho real menor de hacer o mantener una obra o una plantación, que constituye la propiedad superficiaria, en suelo ajeno, o tener la obra o plantación propia ya existente antes de la constitución del derecho y enajenadas separadamente del suelo.***

La situación en el ordenamiento jurídico francés va a ser diferente, pues la doctrina francesa que hemos estudiado, no duda en afirmar la existencia de una ***verdadera propiedad superficiaria separada del suelo.***

A diferencia de lo que ocurre con los demás ordenamientos, la doctrina francesa no define al derecho de superficie como la concesión realizada por el dominus soli de edificar, sino que en todo momento señala que **"el propietario de un fundo concede a otra persona la propiedad de las construcciones o plantaciones en el suelo o en el subsuelo"**. De esta forma, la figura se encuadra dentro de las modalidades de la propiedad, y Planiol la configura como una forma de *copropiedad*.

Podemos señalar la diferencia existente acerca de la naturaleza jurídica del derecho entre los sistemas italiano, portugués, y francés por un lado, y, el nuestro por otro. En los dos primeros sistemas se puede hablar de la existencia de un derecho de superficie, y por consiguiente, de un derecho cuyo objeto -la construcción- no exista en origen, o que existiendo surge como un derecho real. En ambos ordenamientos se considera como un nuevo tipo de derecho real, que otorga la propiedad superficiaria al titular del mismo, un derecho de goce sobre el suelo que sostiene su propiedad. No obstante, en el derecho italiano, y en el portugués *se otorga prioridad a la propiedad superficiaria* -de ahí que siempre se hable de la propiedad y no del derecho real, mientras que *en nuestro ordenamiento jurídico lo principal es el derecho real, que origina la propiedad superficiaria, separada del suelo*. Y ello porque se configura como un ius in re aliena, donde además se concede al titular una "propiedad distinta" como lo es la superficiaria, no pudiendo entenderse únicamente como una propiedad ad tempus.

En el sistema francés, por el contrario, afirma Marty, que el superficiario únicamente es titular de un derecho de construir, y no obtiene la propiedad de las construcciones hasta que éstas no sean erigidas. Este análisis del derecho conduce a distinguir, de una parte, el derecho de superficie sobre el suelo, que es un derecho real; y, de otra parte, un derecho sobre el volumen, que será un derecho de goce o un derecho



de construir, que luego se transformará en un derecho de propiedad separada sobre la construcción cuando ésta surga pero no antes. A su modo de ver, se produce una metamorfosis del derecho personal que se convierte en real, cuando el superficiario realice la construcción.

Su configuración se encuentra en la existencia de dos derechos de propiedad de bases superpuestas y separadas por un plano horizontal que no es otro que el suelo natural.

De la exposición que hemos realizado, es fácil observar como la situación de nuestro ordenamiento jurídico es diferente a los anteriormente señalados, lo cual va a repercutir en la propia configuración de la institución superficiaria.

Con la publicación de la Ley del Suelo de 1956, y teniendo en cuenta que, no sólo se mencionaba al derecho de superficie en el art. 1611 del Código Civil, sino también a su posible escasa incidencia práctica, (al contrario que en los ordenamientos vecinos), se inicia el cambio en la concepción de la figura.

Por otro lado, no olvidemos que hasta este momento se continúa considerando al derecho de superficie como una forma censal análoga a la enfiteusis. Pues bien, en dicha norma urbanística se recoge un concepto apenas utilizado: se introduce la idea de *propiedad superficiaria separada, cuyo origen se encuentra en el derecho real de superficie*.

Es la propia Exposición de Motivos de la Ley del Suelo, la que establece su finalidad dentro del ámbito urbanístico como fomento de la construcción y reserva del suelo propiedad de la Administración.

A partir de este momento, y tomando como referencia la propia ley de 1956, surge la posibilidad de entender la figura como un derecho sobre el suelo ajeno y a la vez una propiedad limitada sobre el suelo. Sin olvidar que, además, la eficaz constitución de la figura jurídica y los requisitos de su inscripción, se encuentran desarrollados por el art. 16

apartado 1º del Reglamento Hipotecario, donde también se infiere la existencia de una *propiedad distinta a favor del superficiario*. De esta manera, el concepto de propiedad separada por contraposición a la idea de dominio dividido típico de las formas censales se concreta con carácter definitivo.

Considero que con ambas regulaciones se dá cabida a un derecho de superficie de tipo moderno, al igual que el establecido en el resto de las legislaciones extranjeras que hemos señalado.

En conclusión, tomando como referencia los preceptos legales expuestos, en nuestro ordenamiento, y en los ordenamientos vecinos, podemos obtener una serie de caracteres básicos de la institución, con la finalidad de llegar a la configuración del derecho de superficie. Tales *caracteres* son los siguientes:

- Nace como resultado de la derogación del principio de accesión.
- Se configura como un derecho real.
- El propio concedente, dueño del fundo, se impone el gravamen renunciando a su "ius aedificandi" o concediendo el derecho de mantener una construcción sobre su fundo (suelo o construcción).
- El superficiario adquiere una propiedad sobre la construcción que ha realizado separada de la propiedad del fundo.
- La propiedad del superficiario tiene un carácter limitado unicamente a su construcción y separado de la propiedad del fundo ajeno.
- El derecho de superficie nace con carácter perpetuo, o temporal.

De estos caracteres, obtenidos de los preceptos legales existentes en todos los ordenamientos estudiados, -pero sobre todo basándonos en la Ley urbanística, el Reglamento Hipotecario y la Compilación foral de Navarra- podemos señalar, (como

hipótesis de trabajo, y sobre la que profundizaremos a lo largo del presente capítulo) que, en general, el derecho de superficie podría configurarse como *un derecho real posibilitado por la derogación del principio de accesión y el "numerus apertus" de derechos reales, otorgado por el concedente sobre su fundo (suelo o construcción), que origina una propiedad superficiaria limitada a su construcción, con carácter separado de la propiedad del fundo, y por una duración perpetua o temporal, en favor del superficiario.*

### **III.- ANALISIS DEL DERECHO DE SUPERFICIE EN NUESTRO ORDENAMIENTO.**

#### **1.- Introducción**

Una vez expuestos los caracteres que en un primer momento, y tras el estudio legal de los diferentes ordenamientos, podríamos considerar básicos, vamos a centrarnos en el análisis de la institución superficiaria dentro de nuestro ordenamiento, y concretar si tales caracteres tienen vigencia, o de qué modo se desarrollan en nuestro derecho de superficie.

Así, debemos matizar si la propiedad superficiaria que origina el derecho real, es o no una propiedad separada; si verdaderamente el derecho de superficie se origina en nuestro ordenamiento únicamente por la concesión del ius aedificandi o también por la concesión de una edificación preexistente, y, por último, si es posible mantener la construcción unitaria del derecho de superficie, o por el contrario, si verdaderamente existen las dos modalidades del derecho a que hemos venido haciendo referencia -la modalidad urbana común y la modalidad urbanística-; y si sus finalidades son distintas en su consideración actual, independientemente de que ya hemos analizado las diferencias que existen en cuanto a la regulación.

#### **2.- Derecho de superficie, propiedad superficiaria y propiedad separada.**

Hemos enfatizado el carácter de derecho real a través del cual se origina la propiedad superficiaria que se alza sobre la del concedente. Pero ¿qué significado tiene esa afirmación? Un sector de la doctrina,<sup>78</sup> admite la existencia de una relación jurídica dualista. Por una parte, señala la existencia de una relación básica que confiere un derecho

---

<sup>78</sup> Espín Cánovas: Manual de derecho civil español. Derechos reales. Vol. II 3ª ed. Edersa. Madrid. 1981. Pag. 406 y ss.

real sobre el suelo ajeno, y que faculta para construir o plantar y para mantener lo construido. Y posteriormente, destaca el nacimiento de una relación complementaria, que otorga la propiedad de lo construido o plantado con independencia de la propiedad del suelo.<sup>79</sup> En el mismo sentido se expresa Puig Peña,<sup>80</sup> señalando que la relación entre el superficiario y la construcción levantada determina la propiedad superficiaria, pues a medida que se va construyendo en virtud de la concesión ad aedificandum, va naciendo la propiedad separada a favor del superficiario.

Roca,<sup>81</sup> con gran acierto a mi modo de ver, determina que no es que la superficie tenga una doble naturaleza, propiedad de la edificación y derecho real sobre el suelo ajeno, sino que lo primero es la propiedad superficiaria, y lo segundo es el derecho de superficie. De esta forma, el derecho de superficie es el soporte jurídico de la propiedad superficiaria y ésta sólo puede subsistir mientras subsista aquél.

El *objeto básico del derecho de superficie*, es el derecho real de tener y mantener, temporal o indefinidamente en terreno o inmueble ajeno, una edificación o plantación en propiedad separada obtenida mediante el ejercicio del derecho anejo de edificar o plantar. La doctrina posterior<sup>82</sup> continúa manteniendo, en términos generales, esta noción.

---

<sup>79</sup> Espín Cánovas (Manual... Cit. Pag 410) señala que "el derecho real sobre el suelo es de los de goce con una extensión menor que el derecho de usufructo"..

<sup>80</sup> Puig Peña (Tratado de Derecho Civil Español. T. II. Vol. I. 2º Ed. EDERSA. Madrid. 1953. Pag. 473 y ss), sigue la teoría mixta: existencia de un derecho real sobre el suelo y a la vez propiedad superficiaria o separada desde el momento en que se haya construido. Y en Compendio de Derecho Civil Español. T.II. Derechos reales 3ª ed. Madrid. 1976. Pag. 595.

<sup>81</sup> Roca Sastre: Ensayo sobre el derecho de superficie... Cit. Pag. 18 y ss. A su definición se va adherir la mayoría de la doctrina, por considerársele la más completa, y aún hoy sigue siendo introducida por los civilistas en sus manuales.

<sup>82</sup> Ventura-Traveset y González (Derecho de edificación sobre finca ajena y la propiedad horizontal. Bosch. Barcelona. 1963. Pag. 23), quien define "los derechos de

Es lo que nosotros entendemos como la existencia de dos fases del derecho de superficie.

En la primera fase, con la concesión del derecho de superficie se otorga el derecho real de edificar al superficiario o de mantener la construcción existente, y en la segunda fase, la

---

edificación sobre finca ajena (superficie, derecho de elevar o de levantar plantas), como los que tiene una persona dueña del solar o de un edificio-base, y que concede a otra persona mediante título, inscrito constitutivamente en el Registro de la Propiedad, sobre un espacio aéreo sito encima del solar o edificio base, o un espacio en el subsuelo de aquellos, por cierto tiempo y cuya subsistencia depende del derecho que adquiere el cedente, a que se construyan por el adquirente constructor, ciertas edificaciones en dichos espacios aéreos o de subsuelo en el plazo y del modo fijados; derechos garantizados por la resolución del derecho concedido, en el caso de no construirse, y que una vez hecha la construcción da necesariamente origen o bien a una propiedad superficiaria del constructor sobre lo construido durante el tiempo que se haya fijado para su duración, pasado el cual revertirá al concedente, consolidándose con la propiedad de éste, bien origina una propiedad horizontal temporal o definitiva, propiedad horizontal ya establecida anteriormente al crearse el derecho de superficie o elevación y pendiente de la condición suspensiva de la edificación."

González Porras (La prescripción extintiva de Cataluña. Modalidades arrendaticias complejas. Los arrendamientos superficiarios y el derecho de superficie. R.J.C. 1972. Pags. 132 y ss), quien señala que "el derecho de superficie consiste en conceder al superficiario el derecho de construir en suelo ajeno y mantener la edificación durante todo el tiempo por el que se haya establecido, produciéndose una derogación trascendental de la accesión, limitando las facultades del dominus soli, y en compensación se establece un canon o solarium y la posibilidad de adquirir el suelo por el dueño de la edificación o cosa superficiario".

De los Mozos (El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbana. Ministerio de la vivienda. Madrid. 1974. Pag. 266), quien afirma que "es un derecho real limitado restringido cuyo contenido específico puede ser fácilmente modelado por el establecimiento de pactos o cláusulas que condicionen o limiten el ejercicio del derecho y por las obligaciones reales que pueden acompañarle".

Machado Carpenter: Algunas cuestiones sobre el derecho de superficie. R.D.P. Madrid 1962. Pag. 430 y ss; y Santos Briz: Derecho civil Teoría y práctica. Tomo II. Derecho de cosas. EDESA. Madrid. 1973. Pag. 617, entre otros.

Castán Tobeñas: Derecho Civil español, común y foral. Tomo 2º. Derecho de cosas. Volumen segundo. Los derechos reales restringidos. 13ª ed., revisada y puesta al día por Pascual Marín Pérez. Reus. Madrid. 1992. Pags. 372 y ss.

Y Amengual Pons (El derecho de superficie en la Ley del Suelo y en la Legislación Hipotecaria. R.C.D.I. 1979. Pag. 631, y en Derecho de superficie y el volumen de construcción en relación con el Registro de la Propiedad. Ponencias y comunicaciones presentadas al III Congreso Internacional de Derecho Registral. Madrid. 1978. Pag. 148) quien señala que esta es la posición moderna, la aceptada por la mayoría de las legislaciones modernas. "Según esta tesis en la superficie hay que distinguir un derecho real que permita la construcción sobre el suelo ajeno, excluyendo el principio de accesión y una propiedad separada sobre las construcciones por el plazo establecido."

construcción ya se ha realizado y surge la propiedad superficiaria separada, que es el objeto mismo del derecho de superficie.

Por otro lado, no hay que contraponer derecho de superficie y propiedad superficiaria, pues ésta constituye el objeto del derecho, y lo que es más, sin la existencia del derecho, no estaría el superficiario legitimado para realizar las construcciones convenidas sobre el suelo ajeno. Su derecho es calificado como de propiedad desde el momento de pactarse el derecho, aún antes de iniciarse la construcción.<sup>83</sup> El dueño del suelo al otorgar el derecho de superficie sobre la propiedad superficiaria, lo hace en términos de actualidad, no de potencialidad. Esto significa que el concedente dispone de la utilidad del suelo como area edificable desde el momento mismo del acto de otorgamiento; de ahí que ejecutada la construcción, ésta se apoye sobre el objeto propiedad de otro (suelo del concedente).

Una vez realizada la construcción no nace un nuevo derecho de propiedad sobre la edificación, puesto que es su materialización, es el contenido y el efecto típico del acto dispositivo del derecho de superficie, que impide que la regla de la accesión pueda operar en favor del propietario del fundo.

Por otro lado, es conveniente afirmar que la importancia práctica del derecho de superficie, reside en que posibilita dos derechos de propiedad en un plano de igualdad, frente a aquellos que mantienen el escaso valor de la propiedad del dominus soli. Y ello

---

<sup>83</sup> En el mismo sentido Cupis (Brevi osservazioni sul diritto di edificare e sulla proprietà superficiaria. Gius. Civ. Giuffrè. Milano. 1986. Pags. 23 y 24), sostiene recogiendo a Piazza, que el derecho de edificar y la propiedad superficiaria se consideran elementos de un mismo derecho, ya que no son más que dos manifestaciones sucesivas en el tiempo. También distingue ambas fases, pues el derecho de edificar posee una naturaleza análoga a los derechos reales de goce en cosa ajena, mientras que la propiedad superficiaria, como su nombre indica, es una propiedad. No obstante señala que su raíz es común, ya que radica en el acto dispositivo del propietario del suelo y el ejercicio del derecho de edificar es el instrumento para dar vida al segundo, la propiedad superficiaria.

porque el propietario del suelo mantiene su derecho sobre el mismo, desde que se concede el derecho de superficie, tanto si éste ha iniciado la construcción superficiaria, como si no lo ha hecho aún. En el primer caso, el concedente podrá seguir usando y disfrutando del suelo. El problema se complica en el segundo supuesto pues parece que la propiedad del concedente resulta un poco borrosa. Sin embargo, la solución la hallamos en los diversos derechos de disfrute de la propiedad: el superficiario únicamente tiene derecho a gozar y a disfrutar del suelo en cuanto que mantiene incorporada su construcción sobre el mismo, (y que será objeto de análisis posterior en el capítulo IV).

Pero centrarnos en el estudio del nacimiento de la propiedad superficiaria nos lleva a plantearnos dos cuestiones: en primer lugar, *si la propiedad superficiaria es siempre un supuesto de propiedad separada*, y en segundo lugar, *si es posible la propiedad separada de las edificaciones o de las nuevas plantas, sin que ello exija la constitución de un derecho de superficie en el primer caso, o un derecho de sobreedificación o subedificación superficiaria en el segundo*. Ambas cuestiones están íntimamente relacionadas.<sup>84</sup>

---

<sup>84</sup> Estas cuestiones han sido matizadas por algunos autores italianos (Palermo: La superficie. Trattato di diritto privato de Rescigno. Propietta. II. Utet. 1989. Pags. 14 y ss; Cendon: Superficie. Commentario al Codice civile. Diritto da Paolo Cendon. Vol III. Art. 810-1172. Utet. 1991. Pags. 263 y ss), en relación con la regulación de su Codice Civile. Así afirman que la norma del art. 952 contempla al menos tres situaciones diversas de poder jurídico:

- Aquella que posibilita la realización y el mantenimiento sobre suelo ajeno de una construcción. Es el derecho de superficie, derecho real, cuyo contenido viene comprendido en la facultad de hacer una construcción sobre suelo de otro y de mantener la misma. Salis (Superficie...Cit. Pag. 946) no comparte este criterio, al no otorgar relevancia a la facultad de mantener la construcción, puesto que considera que dicha facultad sería un poder implícito en la propiedad de la construcción.

- Aquella situación distinta de la propiedad del suelo, sobre la construcción realizada o ya existente. Se refiere a la propiedad superficiaria, cuya duración depende del derecho de superficie. No hay que olvidar que la propiedad superficiaria es el objeto del derecho de superficie y su contenido debe de haberse limitado en el acto de la concesión, pues no cabe entender a aquél únicamente cómo mera facultad de construir o de reconstruir. Salis (Superficie...Cit. Pag. 945), como ya hemos señalado, reduce el contenido del derecho de superficie únicamente a la facultad de construir, de manera que una vez ejecutada la



En cuanto a la primera cuestión objeto de estudio, debemos señalar que no es lo mismo propiedad separada que propiedad superficiaria, aunque pueden coincidir.

Desde el punto de vista de su *nacimiento*, la propiedad separada nace como una verdadera propiedad que concurre, por su necesaria vinculación al suelo, con la propiedad que otro sujeto tiene sobre él, pero que ni lo limita ni lo presupone, sino que concurre en pie de igualdad.

Puede ser objeto de tráfico jurídico independiente y su contenido es una cosa en sí misma considerada, que a su vez es susceptible de constituir objeto de derechos separados.

La propiedad superficiaria nace como un gravamen, como una limitación de la propiedad del fundo en favor del superficiario, es decir, como un derecho real que originará una propiedad separada de carácter temporal (generalmente sometida a plazo o pactada indefinidamente).

Así, la distinción más llamativa reside en la *duración* de ambas figuras, ya que la primera se pacta generalmente por el plazo de vida del objeto.<sup>85</sup>

Mientras que la propiedad superficiaria es de carácter temporal (sometida a plazo) o

---

construcción, se agotaría el contenido del ius in re aliena, sin dejar rastro.

De esta manera, para el citado autor, únicamente se distingue la propiedad superficiaria, resultado del derecho de superficie, de la propiedad separada, en que ésta sería únicamente aquella construcción ya existente adquirida por efecto del acto dispositivo del propietario.

- Y por último, la situación que surge encima del suelo, sobre la cual otro puede mantener una construcción suya. Esta situación resulta de conceder la facultad de construir o de enajenar la construcción separadamente del suelo y que viene siendo calificada como de propiedad separada.

<sup>85</sup> Gullón Ballesteros (El contenido de la relación jurídica superficiaria en la vigente legislación española. R.J.C. 1960. Pag. 233) señala que el problema radica si las partes han pactado, en el supuesto de concesión de propiedad separada, que el propietario tenga derecho a reconstruir dicha propiedad. En tal caso opina, que no cabría el mismo porque ello supondría la inutilización de la propiedad del suelo, ya que el propietario separado, se haría prácticamente propietario del solar, si siempre tiene derecho de reedificar. Cuando se le concede esa facultad, su contenido es idéntico al de un adquirente de superficie, excepto que al pactarse dicha propiedad, no existía el derecho real.

teóricamente indefinida o perpetua, como así lo establece en nuestro ordenamiento la Compilación de Navarra; y, fuera del mismo, el ordenamiento italiano, el francés y portugués, (en estos sistemas por su especial configuración del derecho de superficie que enfatiza la propiedad separada de la construcción).

El *objeto* de la propiedad separada, al igual que el de la propiedad superficiaria, es una edificación jurídicamente independiente del suelo en cuanto propiedad plena y en pie de igualdad a la propiedad que corresponde al dominus soli. Ambas coinciden en que cada propietario tiene sobre su propiedad todas las facultades del dominio, siempre respetando la propiedad ajena sobre la que se alza su objeto.

Para el nacimiento de la propiedad separada es necesario la existencia de un *título jurídico* - que puede ser el derecho de superficie, entre otros- en virtud del cual se posibilite y nazca la edificación, mientras que para el nacimiento de la propiedad superficiaria es necesario únicamente crear el derecho real de superficie.

La *esencia* del derecho de superficie, es el otorgamiento del ius aedificandi así como el derecho de mantener la edificación misma sobre el suelo del dominus soli. De manera que, incluso tras la destrucción del edificio superficiario y, en base a su derecho de superficie, puede reconstruirlo, dejando de existir en ese momento la propiedad separada superficiaria.

Por otro lado, y afirmando la existencia de la propiedad superficiaria separada, podríamos señalar que la propiedad separada indica la titularidad que compete a la persona que con otras comparte el bien inmueble. En este caso el propietario superficiario tiene la titularidad del edificio superficiario, (o si el edificio superficiario está dividido horizontalmente, cada superficiario tendrá la propiedad separada de su piso superficiario), mientras que el dominus soli es únicamente propietario del suelo. Esto significa que hay una atribución de dominio en exclusiva y frente a todos, de lo que resulta que cada superficia-

rio tiene un derecho de dominio pleno (con facultad de goce, de disposición, con obligaciones y limitaciones o prohibiciones), y, a su vez, de exclusión frente a los demás.

Como veremos más adelante, el *régimen jurídico* de la propiedad superficiaria no es ya el estatuto del derecho de propiedad, (porque su contenido difiere del régimen legal del derecho de propiedad) es decir, parece que no es posible entender este tipo de propiedad de forma análoga a cómo está contemplado el dominio en el Código Civil. Y ello porque la propiedad superficiaria (al igual que otro tipo de propiedades que surgen en la actualidad, como la multipropiedad) se encuentra regulada por su título constitutivo, de ahí que, por ejemplo, el concedente haya pactado con el superficiario limitaciones a la capacidad de disponer de la propiedad, y no por ello estaríamos obligados a negar la existencia de una propiedad plena del superficiario sobre su construcción.<sup>86</sup>

En conclusión, creo que podemos hablar de una propiedad superficiaria separada pero de carácter temporal.

La segunda pregunta que nos planteábamos, consistía en determinar la posibilidad de la propiedad separada de las edificaciones sin que se exija la constitución de un derecho de superficie. Parte de la doctrina no admitía la existencia de la propiedad separada si no era en base a un derecho de superficie.<sup>87</sup> Por mi parte, entiendo que puede contestarse

---

<sup>86</sup> Además, como veremos en la parte dedicada al Registro de la propiedad, al ser considerada como una auténtica propiedad (y no sólo como un ius in re aliena o un gravamen) somos partidarios de la posibilidad de abrir folio registral independiente.

<sup>87</sup> Guilarte Zapatero (El derecho de superficie... Cit. Pags. 176 177) señala que "ciertamente la propiedad separada no puede explicarse sino en base a un derecho de superficie que faculta al titular de la propiedad para gozar del suelo ajeno manteniendo sobre él la edificación... Cualquier supuesto que se dé de separación dominical entre dueño y edificio o plantación debe ser construido como derecho de superficie y ello independientemente del procedimiento utilizado para llegar al resultado de la separación, de la facultad de reconstruir o no en el supuesto de destrucción de lo edificado o pérdida de lo plantado y de la duración temporal o indefinida de la propiedad separada".

afirmativamente, siempre que la propiedad de las mismas formen parte de una propiedad horizontal, de un complejo urbano, se encuentren en régimen de multipropiedad, o formen parte de una comunidad de aprovechamiento por turno.<sup>88</sup>

Por lo que respecta a la propiedad separada de las nuevas plantas, sí es posible en base a los derechos de sobreedificación y subedificación no superficiarios.<sup>89</sup>

En cuanto a la resolución de estas cuestiones por la doctrina italiana,<sup>90</sup> podemos señalar como hay diversidad de opiniones. Se entiende por propiedad separada la pura construcción, o incluso la posible utilidad que el suelo representa como espacio edificatorio

---

<sup>88</sup> Tal y como resulta del Borrador de Anteproyecto de Ley de Conjuntos inmobiliarios. B.I.M.J. Suplemento al nº 1648 de 25 de septiembre de 1992. Vid: Asociación de Profesores de Derecho Civil: Conjuntos Inmobiliarios y Multipropiedad (ponencias y Proyectos de la Ley sobre conjuntos inmobiliarios). Bosch. Barcelona. 1993. Y De Pablo Contreras: El aprovechamiento del inmueble por turnos (multipropiedad) en el anteproyecto de ley de conjuntos inmobiliarios del MJ. A.C. nº 4. 1992. Pag. 63 y ss.

<sup>89</sup> La Jurisprudencia del Tribunal Supremo reconoce, con sustantividad propia la figura de la propiedad separada, aunque de las plantaciones, sin identificarla con el derecho de superficie o la propiedad superficiaria. Así, la **STS de 22 de enero de 1953** que señala "que entre las múltiples modalidades... que puede revestir el dominio, la más irregular y difícil de catalogar en nuestro derecho es aquella en que el suelo y el vuelo de una finca con sus respectivos aprovechamientos, corresponde a titulares distintos, pues si guarda afinidad con otras figuras específicamente reguladas por el legislador, como la servidumbre personal y la copropiedad..., o con el derecho de superficie, carente de la debida regulación legal, las normas de aquellas instituciones no son exactamente aplicables al supuesto del dominio compartido que es objeto de examen en estos autos..." La **STS de 10 de diciembre de 1962**, (Rep. Aranz. 5060), que manifiesta la necesidad de distinguir la propiedad separada de otras figuras como el derecho de superficie, señalando " la (modalidad que puede revestir el dominio) más irregular y difícil de catalogar es aquella en que el suelo y el vuelo de una finca, con sus respectivos aprovechamientos, corresponde a titulares distintos, pues si guarda alguna afinidad con otras figuras específicamente reguladas por el legislador, como la servidumbre personal y la copropiedad, o con el derecho de superficie, carente de la debida regulación legal, las normas de aquellas instituciones típicas no son aplicables al supuesto del dominio compartido"... Y la **STS de 8 de abril de 1965** (Rep. Aranz. 2151) que afirma que "el ejercicio simultaneo y contrapuesto de dos derechos de propiedad distintos y concurrentes sobre la misma finca, exige una completa y perfecta delimitación de ello, evitando colisiones y que el uno no pueda invadir y hacer efectiva la anulación del otro."

<sup>90</sup> Quien más ha tratado el tema es Cupis: Istituzioni di diritto Privato. Milano. 1983.

incluyéndose una serie de poderes limitados al goce exclusivo de la res, de forma que la propiedad separada puede surgir incluso "en el ámbito de una relación de carácter locativo".<sup>91</sup>

Aunque Busnelli matiza que la propiedad separada es una verdadera propiedad,<sup>92</sup> que nace por efecto de la adquisición separada de la construcción ya edificada sobre suelo ajeno.

A juicio de Salis,<sup>93</sup> el contenido de la propiedad separada es diferente de la propiedad superficiaria, toda vez que aquella no se acompaña, en vía expresa, de la constitución del derecho de mantener la obra edificada sobre suelo ajeno con o sin limitación de tiempo. Al no existir derecho de superficie, la propiedad estaría referida, sólo y exclusivamente, a la construcción, de modo que la misma no podría modificarse, ni proceder a su reconstrucción si no lo acuerdan las partes.

El término de propiedad separada es más amplio que el de propiedad superficiaria, porque aquél puede surgir de otras relaciones jurídicas como de la propiedad de planos horizontales. Sin embargo, el contenido de ambas propiedades puede ser idéntico una vez

---

<sup>91</sup> Palermo (La superficie... Cit. Pag 12, y Superficie. Giurisprudenza sistematica civile e commerciale de Walter Bigiavi. Torino. 1965) señala que la propiedad separada, como situación jurídica subjetiva, es susceptible de asumir relevancia en el ámbito de una relación de carácter arrendaticio, sobre la propia construcción, pero también puede reducirse a una serie de poderes limitados en vía exclusiva de goce de la res específica.

<sup>92</sup> Busnelli: Diritto Civile. I diritto reali. Utet. Torino. 1989. Pags. 167 y 168.

<sup>93</sup> Salis (Superficie... Cit. Pag 946), afirma que "el derecho de mantener la construcción del cual se ha adquirido la propiedad separadamente del suelo, no tiene necesidad de justificarse a través del recurso de un derecho particular (de superficie) que se adquiriría sobre el suelo junto con la adquisición de la propiedad separada, estando tal poder implícito en el mismo derecho de propiedad sobre la construcción". Así, puede hablarse de propiedad separada en dos sentidos, durante el periodo de existencia de la construcción, disfrutándose la misma sin posibilidad de reedificarla, faltando un derecho de superficie. O puede también surgir la propiedad separada sin limitación. En este caso la ausencia de limitación demostraría que la constitución de la propiedad separada estaría acompañada de la concesión de un derecho de superficie, entendido como derecho de reconstruir el inmueble en la eventualidad de una futura destrucción.

que el edificio se ha construido en base al derecho de superficie o se ha enajenado con la edificación preexistente.

Tanto en la propiedad separada como en la propiedad superficiaria, el propietario del suelo, permanece como tal, incluso después de los actos dispositivos realizados. Su poder se va a ver reducido por la concurrencia del derecho de superficie y de la propiedad superficiaria separada.

Una vez que existe la edificación, la posición del que la ha construido, o, la de aquél que la ha adquirido cuando esta ya existía, es la misma. Y ello por que se prevé la enajenación de la propiedad separada de la construcción en el mismo artículo (952 Codice Civile) que se reconoce el derecho de construir y bajo la rúbrica "constitución del derecho de superficie".

### **3.- Derecho de superficie: concesión del ius aedificandi y derecho de mantener la propiedad de la construcción preexistente.**

El siguiente problema a resolver, consiste en determinar si es posible en nuestro ordenamiento la configuración del derecho de superficie unicamente como ius aedificandi o también sobre una propiedad ya existente, como hemos visto que ocurre en los sistemas italiano o portugués.

Históricamente se vino entendiendo el derecho de superficie unicamente como una concesión ad aedificandum y ello porque recordemos cómo se pensaba unicamente en la creación de la construcción sobre finca ajena.

En la actualidad, y tras el estudio de los ordenamientos vecinos, vemos que es posible la transmisión de la propiedad superficiaria separada con el derecho real de superficie que la origina. Lo que significa, en primer lugar, que la propiedad superficiaria, puede ser objeto de tráfico jurídico independiente, por su disociación del suelo, pero

siempre unido a su derecho de superficie. Lo cual parece posibilitar que se pueda constituir el derecho de superficie sobre una edificación ya existente.<sup>94</sup>

La cuestión planteada en el epígrafe tiene importancia porque la Ley del Suelo de 1956 introdujo la figura como fomento de la construcción, es decir con la finalidad de promover y proteger la edificación realizada sobre Suelo Patrimonio de la Administración. De esta manera la cuestión a resolver radica en si cabe, o no, la constitución del derecho de superficie sobre una construcción preexistente, pues dicha posibilidad no está prevista en la legislación urbanística expresamente.<sup>95</sup> Parece ser que no, y ello porque el legislador urbanista de 1992 continúa pensando en la utilización del Suelo Patrimonial público destinado a la **edificación** de viviendas o a otros usos de interés social, en base a la constitución del derecho de superficie, es decir, continúa en la misma línea marcada por la Ley de 1956. Lo cual no significa, como veremos más adelante en el Capítulo Quinto que una vez extinguido el derecho de superficie, sea posible su concesión, y, en este caso, si recaería sobre construcción preexistente.

Sin embargo, esta limitación no está presente en la regulación del Código Civil, pues naciendo al amparo de la autonomía de la voluntad de las partes, y al "numerus apertus" de derechos reales, el derecho de superficie sí se puede constituir, como en los demás sistemas, sobre una construcción preexistente. Además en base a la derogación del

---

<sup>94</sup> Vid ultimamente, sobre este punto en concreto Benavides del Rey: El derecho de superficie sobre inmuebles ya construidos. RCDI. 1992. Pag. 1241 y ss.

<sup>95</sup> Esta idea ya fue introducida por Cánovas Coutiño (El pensamiento de Ramón María Roca Sastre sobre la Reforma del Reglamento Hipotecario. RCDI. 1960. Pag. 722), pero para su creación por los particulares. Pues tras exponer la tesis de Roca, quien mantenía la imposibilidad de constituir el derecho de superficie mediante la enajenación al superficiario de la edificación preexistente ante el silencio que al respecto guardaba el Reglamento, Cánovas mantiene la posibilidad de su existencia porque el Reglamento únicamente sigue a la Ley del Suelo y ésta tiene un carácter de Derecho Público.

principio de accesión caben ambos supuestos: el derecho a tener y a mantener la edificación preexistente sobre suelo ajeno. No debemos olvidar que el derecho a construir es meramente instrumental, y en ambos casos, al recaer la máxima importancia del derecho real de superficie, en la facultad de tener y mantener una propiedad sobre fundo ajeno, cabe la reconstrucción del mismo en caso de destrucción.<sup>96</sup>

En el Derecho italiano y francés se otorga toda la importancia a la propiedad superficiaria, permitiéndose la existencia de una propiedad separada perpetua objeto de tráfico jurídico independiente. En nuestro sistema la propiedad superficiaria se configura como una propiedad separada pero generalmente de carácter temporal, pues se otorga mayor importancia al derecho real de superficie que a la propiedad resultante. Los conceptos de propiedad superficiaria y separada, en términos generales, son los mismos en los diferentes sistemas, pero en cada uno de ellos actúa de forma distinta.

#### **4.- Construcción unitaria o construcción dualista del derecho de superficie: modalidad urbana común y modalidad urbanística.**

El siguiente problema, al que ya hemos hecho referencia pero que es necesario matizar, surge en relación con la falta de regulación de la figura en el Código Civil, y su existencia en las leyes urbanísticas.

---

<sup>96</sup> Así, el titular del derecho de construir tiene indisolublemente que mantener la construcción sobre el suelo, pero no es sustancialmente diferente de la posición de aquél que adquiere una construcción ya existente. Es cierto que en este caso no tiene de modo actual la facultad de construir, pero dentro de su derecho de mantener la construcción sobre el suelo, se comprende potencialmente el derecho de reconstruir o reparar la construcción demolida o deteriorada.

Aunque en la doctrina italiana, Salis (Superficie... Cit. Pag. 946) al entender que el derecho de superficie sólo otorga la facultad de construir, señala que en el caso de enajenar la propiedad separada de una propiedad ya existente, puede ocurrir que únicamente se haya creado la constitución de una propiedad separada limitada al periodo de existencia de la construcción; o que la propiedad separada vaya acompañada de la concesión de un derecho de superficie, que posibilite en caso de destrucción la reconstrucción por el periodo de duración del derecho...



En base a esta posible dualidad, establecida por el Derecho Positivo, un sector doctrinal<sup>97</sup> mantiene la existencia de dos formas de derecho de superficie, distinguiendo entre la modalidad urbana común, con base en el Código Civil y en el Reglamento Hipotecario, y, la modalidad urbanística con base en la Ley del Suelo.<sup>98</sup> Esta doctrina parte de que la primera Ley del Suelo de 1956, poniendo su mirada en las concepciones de la institución en Derecho Comparado, se aparta de la teoría a la que se adscribe el Código Civil, y configura al derecho de superficie como un derecho real autónomo y típico.

El fundamento de esta doble modalidad se encuentra en que la Ley del Suelo sólo alcanza a los derechos de superficie establecidos, en un primer momento, 1956, dentro del marco de los Planes de Ordenación Urbana, y en reformas posteriores, sobre suelo integrante del Patrimonio Municipal. De esta manera, estamos ante un derecho de superficie urbanístico cuando se constituye sobre un suelo sometido al Plan General de Ordenación cuyo destino es la construcción de viviendas, y actualmente, a otros usos de interés social, y, sobre todo, cuando recaigan sobre Suelo Patrimonio Municipal. Mientras que en el caso de los derechos de superficie pactados por los particulares se regirán, indudablemente, por el Código Civil, aunque la Ley del Suelo señale que "igual derecho asiste a los

---

<sup>97</sup> Guilarte Zapatero (El derecho de superficie... Cit. Pag. 133 y ss) es el principal autor, que debido a su profundo análisis de la figura, resulta ser el exponente más claro de la distinción señalada.

<sup>98</sup> Tras el estudio de Guilarte sobre el derecho de superficie, la doctrina se ha decantado en dos grupos, los partidarios de la existencia de las dos modalidades de derecho de superficie: la modalidad urbana común (contenida en las normas del Código Civil y de la Legislación hipotecaria) y la modalidad urbanística (regulada por la Legislación urbanística); y los que entienden que únicamente hay un derecho de superficie urbano en contraposición con la superficie rústica.

Dentro del primer sector doctrinal se encuentra como máximo exponente Guilarte, al que le siguen los siguientes autores: Mezquita del Cacho, Laso Martínez, Rodríguez de Alba Madrigal, Miquel Calatayud, Martín-Diez de Quijada, Albaladejo, Espín Canovas, Peña Bernaldo de Quirós, Rodríguez García, Lacruz Berdejo y otros, O'Callaghan, Lasarte...

particulares”.

Frente a esta posición, otro sector doctrinal piensa que existe un único derecho de superficie y no dos modalidades del mismo, es decir, asumen el criterio de una construcción unitaria del derecho de superficie.<sup>99</sup> Las diversas razones se basan, principalmente, en que es una figura con pasado histórico y cualquier disposición legal debe reconocer implícitamente su carácter unitario y completo, puesto que se refiere a una institución perfectamente modelada. Por otro lado, se alega su existencia dentro del Ordenamiento Jurídico, donde ninguna Ley debe entenderse de forma aislada, sino incluirse en el Derecho ya existente. Y por último, se argumenta, de acuerdo con el art. 3 apartado 1º del Código Civil, la necesidad de que las normas se interpreten en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de aplicarse. Este sector doctrinal considera que la Ley del Suelo no pretendió modificar o variar las características tradicionales de la institución, y, por ello, señala expresamente que se pueda constituir el derecho de superficie subsidiariamente por las normas del Derecho Privado.

En base a los argumentos expuestos estudiemos cada una de estas opciones. Si tenemos en cuenta la posibilidad de que no existan dos modalidades de derecho de superficie, sino una sola, podemos adoptar como argumentos decisivos, en primer lugar, la inexistencia de regulación de la institución en el Código Civil, puesto que el legislador al no referirse expresamente al derecho de superficie en el art. 1655 del Código Civil, podía no estar pensando en el derecho de superficie sino en contratos análogos al foro (y no como ha creído ver la doctrina). No olvidemos que se le menciona únicamente en el art.

---

<sup>99</sup> En este grupo se incluyen: De los Mozos, Gullón Ballesteros, Cossío, Castán, Amengual Pons, Nuñez Ruiz...

1611 C.C., norma que precisamente dispone su redención por una ley especial, y que por cierto nunca se ha referido a ella, motivo por el cual el legislador tal vez estuviera pensando en la existencia de dos propiedades separadas, y no de un dominio dividido.

Otro argumento decisivo en esta opción unitaria radica en la posterior publicación de la Ley del Suelo, que adopta un criterio que puede considerarse integrador. Y ello porque únicamente habla del destino -a viviendas y a otros usos de interés social-, en términos muy generales. Pero sobre todo porque recoge la visión existente en el Derecho Comparado, análoga a la regulación contenida en el Código Civil Italiano, entre otros, donde se concibe a la figura en la consecuencia final de un proceso histórico que la consagra como un derecho real, autónomo y típico.

Todas estas razones pueden hacer deducir que se había consagrado una concepción unitaria de la institución en la Ley del Suelo, tomando como referencia los criterios evolucionados del Derecho Comparado lejos de la idea del dominio dividido mantenida aún en nuestro Código Civil. Sin olvidar que la razón por la cual se recogió la institución en la legislación urbanística, era por la necesidad de integrar una figura típica de derecho privado y corregir las dificultades prácticas que se producían en el ámbito urbanístico. Aunque desde luego hubiera sido preferible que se hubiera realizado a través de una Ley sustantiva especial, la cual tendría que haber regulado -como así hizo la urbanística- un derecho de superficie de tipo moderno, que entrase en conexión con el derecho de superficie del Código Civil. No obstante, el legislador adoptó el criterio de aprovechar la publicación de la Ley del Suelo, como más tarde se haría en el Derecho Comparado.<sup>100</sup>

---

<sup>100</sup> Recordemos como la Lei del Suelo del Derecho Portugués o la Legge Tognoli (1971) son posteriores a sus respectivos Códigos Civiles. Aunque la Ley urbanística portuguesa de 1948 es anterior a la regulación de la figura del Código Civil de 1966, y no por ello se habla de dos modalidades de derecho de superficie.

En este estado de cosas se procedió a reformar el Reglamento Hipotecario, introduciéndose en su art. 16, el desarrollo de las normas de la ley urbanística. De ahí que al adoptar el criterio de desarrollar únicamente dicha figura, pueda considerarse la posibilidad de establecer la construcción unitaria del derecho de superficie. Todo ello reforzado porque desde el punto de vista práctico, la modalidad de derecho de superficie que se utiliza más en los últimos tiempos, es la sometida a la ley urbanística.

En resumen, podría adoptarse la tesis unitaria del derecho de superficie en base a que el Código Civil apenas realiza una referencia a la institución objeto de estudio, la Ley del Suelo la reguló, con mayor precisión, desde una perspectiva más moderna, copiando aspectos del Derecho Comparado, y por último, el Reglamento Hipotecario, adopta y desarrolla ciertos criterios urbanísticos.

Sin embargo, esta opción de la construcción unitaria de la institución quiebra en ciertos supuestos, por ejemplo en el establecimiento de la inscripción constitutiva de la modalidad urbanística del derecho, o en el establecimiento de determinadas normas imperativas en dicha modalidad como las referentes a la duración temporal, y plazos máximos establecidos... entre otros, (problemas que serán objeto de un pormenorizado estudio en el Capítulo Quinto). Todo lo cual hace reflexionar acerca de la posibilidad de que se integren en el ordenamiento jurídico, dos modalidades de derecho de superficie.

Y así llegamos a la conclusión de que en nuestro ordenamiento jurídico hay un derecho de superficie considerado como ***derecho real, autónomo, típico y originador de una propiedad superficiaria separada.***

Y que dentro de esta figura jurídica hay dos modalidades de derecho de superficie.

Su fundamento se encuentra en que la Ley del Suelo regula una modalidad dirigida a la creación del derecho de superficie por la Administración, cuyas normas tienen el carácter

de imperativas, aplicables no sólo a los supuestos de constitución sobre suelo integrante del Patrimonio Municipal (a los que se refiere la L.S. específicamente), sino a todos aquellos en que dicha constitución tenga como objeto bienes de pertenencia pública, como veremos más adelante, aunque también mencione su posible constitución por los particulares.

La otra modalidad, es la que surge al amparo del "numerus apertus" de derechos reales existente en nuestro ordenamiento; pero no en base al art. 1655 del Código Civil, pues tras el desarrollo alcanzado por la figura, el estudio histórico realizado, y, el análisis del Derecho Comparado, no creemos que sea posible hablar de un derecho de superficie equiparado al censo o al arrendamiento.

Por último, señalar que la Compilación foral de Navarra apoya la existencia de esta modalidad, pues es una regulación sustantiva que trata con precisión la institución y detalla determinados aspectos de la figura. Su visión de la misma es de tipo moderno, y, en conexión con las últimas tendencias de su época, lo configura como un derecho real que origina una propiedad separada.

#### **IV.- POSICIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES ACTUALES.**

##### **1.- Introducción**

Una vez expuesta la evolución en el Derecho Positivo de la figura, tanto en nuestro ordenamiento como en el italiano, el francés y el portugués, nuestra intención se va a centrar, primero, en exponer las posiciones doctrinales existentes en relación con la configuración jurídica de la institución. Para ello y tomando como base los caracteres principales que se deducen de los distintos ordenamientos y tras realizar una clasificación de las figuras jurídicas con las cuales a lo largo de la historia el derecho de superficie se ha conectado, vamos a ir descubriendo y analizando la distinción del derecho de superficie con respecto a otras instituciones a las que se le ha considerado por la doctrina en algún punto semejante. No obstante, al haber sido este tema ya estudiado, únicamente nos limitaremos a aludir al "status questionis", además de incidir en algún punto nuevo de diferenciación.

En último término distinguiremos el derecho de superficie del arrendamiento, y en concreto de los arrendamientos complejos (ad meliorandum y ad aedificandum), desde la perspectiva doctrinal y jurisprudencial, pues precisamente ha sido la jurisprudencia la que más se ha preocupado de su diferenciación. También expondremos la confusión existente entre la modalidad urbanística del derecho de superficie y las concesiones inmobiliarias.

##### **2.- Estudio de las posiciones doctrinales en relación con la configuración actual del derecho de superficie. Su distinción de figuras afines.**

Como hemos visto, tras la promulgación de nuestro Código Civil, la figura va a seguir siendo considerada como una especie de censo.<sup>101</sup> El estudio de la doctrina de la

---

<sup>101</sup> De Buen (Derecho Civil Español Común. Vol I. Reus. Madrid. 1931. Pag. 277) la consideró como "una especie de censo, con un nombre especial como derecho de superficie."

configuración de la institución, se ha basado siempre en la supuesta equiparación con el arrendamiento o con el censo enfiteútico que el Código realizaba.

Por ello algunos autores,<sup>102</sup> recogen la especialidad de la figura, en base a que el Capítulo Primero del Título VII del Código Civil, dedicado a los Censos, al tratar de las Disposiciones Generales, lo entiende como un **contrato**, mientras que en el art. 1.655 lo considera como un **gravamen**.<sup>103</sup>

No obstante, queremos señalar que en la actualidad no existe unanimidad en la doctrina en torno a la configuración de la institución, pues hay quienes mantienen posturas tradicionales, considerando que se trata de un derecho semejante a los censos o al usufructo. Sin embargo, el sector doctrinal mayoritario señala que es un derecho real que origina una propiedad ordinaria, llamada superficiaria.<sup>104</sup>

---

Posteriormente, Santamaria Cristobal (Comentarios al Código Civil. Vol II Revista de Derecho Privado. Madrid. 1958. Pag. 660) señala que "no debe darse un alcance demasiado absoluto a esta asimilación".

No obstante, Rodríguez Navarro (Doctrina Civil del Tribunal Supremo. Art. 1611. Aguilar. Madrid. 1961. Pag. 5615), basándose en el criterio jurisprudencial existente mantuvo dicha asimilación.

Aunque a falta de regulación específica de la institución, Uriarte Berasátegui (Unificación del Derecho Nacional. RCDI. 1940 Pags. 433 y ss, y 574. Y RCDI 1941 Pags 79 y ss, 211 y ss, 449 y ss, y, 523 y ss.), la asimila en concreto al "establiment".

<sup>102</sup> Borrell y Soler (Derecho Civil Español. Tomo II. Derechos reales. Barcelona. 1955. Pag 620) afirma que "en el epígrafe de esta Sección, el Código alude a la superficie como **contrato**, y en el art. 1655 como **gravamen**".

<sup>103</sup> Dalmases y Jordana (El usufructo de derechos. R.D.P. 1903. Pags. 144 y ss) señala como "nuestro Código, aunque de la manera incidentalísima ya expresada, lo califica de **gravamen**".

<sup>104</sup> Uno de los primeros autores en configurar así la institución fue Clemente de Diego (Instituciones de Derecho Civil. T.I. Madrid. 1929. Pag. 426), quien señaló cómo "algunos modernos dicen que es una propiedad que recae sobre la superficie distinta de la del suelo, como ésta lo es de la del subsuelo" Afirma cómo puede descomponerse la relación jurídica en dos: respecto al suelo el superficiario tiene un derecho sobre fundo ajeno, el de ocupar el area de otro, y respecto a las construcciones mismas, tiene una propiedad limitada. Posteriormente en su edición de 1959, en la pag. 508, tras comentar la regulación

Concretando más, y adelantando ideas que serán estudiadas en profundidad más adelante, también se afirma su esencia de **derecho real de naturaleza perpetua e inmobiliaria**.<sup>105</sup>

---

que la Ley del Suelo hace de la institución, señala en que no hay ningún inconveniente en aplicar analógicamente sus preceptos a los casos que "no caigan bajo el ámbito de aplicación específica de la Ley de 1956".

Entre los autores actuales que mantienen tal configuración: Albaladejo García: Derecho Civil III. Derecho de Bienes. Vol. II. Derechos reales en cosa ajena y Registro de la Propiedad. 7ª Ed. Bosch. Barcelona. 1991. Pag. 218 y ss; Fuentes Lojo: Suma de la propiedad por apartamentos... Cit. Pag. 371; Mesa Martín: El derecho de superficie. Bosquejo. VI Congreso Internacional de Derecho Registral. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pag. 560; Diez Picazo y Gullón Ballesteros: Sistema de Derecho Civil. Vol III. Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral. 5ª ed. Tecnos. Madrid. 1990. Pag. 486; Sanahuja Tomás: En torno al vuelo de las fincas urbanas. Trabajos y notas de colaboración del Boletín del Colegio Nacional de Registradores. Años 1966 a 1985. T. I. Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios. Pag. 430; Rodríguez García: Retroprogresivismo jurídico y nuevos perfiles del Derecho de Superficie. A.C. 1988-2. Pag. 2935 y ss; O'Callaghan Muñoz: Compendio de Derecho Civil. T. II. Derechos reales e hipotecarios. EDERSA. 2ª Ed. 1988. Pag. 280 y ss.

Dentro de este grupo, Cabello de los Cobos Mancha; L. y F. (Derecho de Superficie: Diversidad especificativa y régimen jurídico. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pag. 401) establecen que "se presenta como una propiedad especial", definiéndolo como aquel "derecho real inmobiliario de goce, disposición y vindicación, oneroso o gratuito, temporal o perpetuo, de carácter formal y autónomo que recaé sobre un aprovechamiento específico y determinado de una finca urbana o rústica, consistente en una edificación o plantación produciendo la multiplicación objetiva de su contenido económico, que limita su pleno ejercicio con independencia de la titularidad del suelo".

Y quienes mantienen la existencia de dos tipos de derecho de superficie dentro de la modalidad urbana común: Peña Bernaldo de Quirós (Derechos Reales. Derecho Hipotecario. UCM. 2ª ed. 1986. Pag. 331 y ss) señala que lo que en realidad ocurre es que hay dos clases de derechos de superficie dentro del Código Civil. Por un lado, aquél que tiene carácter censuario, (1.611 y 1.655 C.C.) por el cual se cede a una persona el derecho de edificar o plantar sobre una finca, reservándose sobre ella un derecho de pensión y otras facultades. Y el derecho de superficie sin carácter censuario que estaría posibilitado dentro del "numerus apertus" que existe en el sistema español de derechos reales, pudiendo originarse un derecho de superficie como propiedad o copropiedad pro diviso, o sólo como derecho real sobre la edificación o plantación y siempre con la servidumbre de apoyo en el suelo, que no sea contra canon.

<sup>105</sup> Bonet Ramón: Código Civil Comentado. Aguilar. Madrid. 1962. Pag. 1.301-1.303.



Propiedad que es calificada por parte de la doctrina como **definitiva o desmembrada**.<sup>106</sup>

Derecho real que comporta un **dominio restringido** a lo que existe **sobre o bajo suelo ajeno**.<sup>107</sup>

Con el propósito de entender las diferentes posturas doctrinales y llegar al conocimiento de la verdadera configuración de la institución en la actualidad, es necesario distinguir el derecho de superficie de las figuras a las que la doctrina la ha considerado afín. Equiparación que se ha realizado tanto desde la perspectiva unitaria de la relación superficiaria, es decir, unificando los dos aspectos o fases de dicha relación, como desde la duplicidad de la misma.<sup>108</sup>

Para ello y partiendo del análisis legislativo realizado, y únicamente como base para la distinción con figuras afines, recordemos que se le considera como un derecho real sobre fundo ajeno que otorga un derecho de propiedad sobre la construcción, temporal o indefi-

---

<sup>106</sup> González Martín: El derecho real de superficie. Madrid. 1922. Pag 79; y en el mismo sentido, Amengual Pons (El derecho de superficie en la Ley del Suelo y en la legislación hipotecaria. R.C.D.I. 1979. Pag. 631) quien mantiene que "está teoría propia de la época feudal, ha sido combatida en el derecho moderno. No obstante, ha sido defendida en España por la doctrina anterior al Código Civil, o por los contemporáneos a él. También por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, como en la Sentencia de 3 de Julio de 1941".

<sup>107</sup> Tena y Martín (Proyecciones del Derecho de accesión en el Registro de la Propiedad. Curso de Conferencias sobre Derecho Inmobiliario Registral (años 1951-1952). T. II. Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad. Madrid. Pags. 105 y ss), entiende que es un **derecho de dominio restringido** a lo que existe sobre o bajo suelo ajeno y a éste mismo en cuanto sea necesario para el ejercicio de aquel derecho.

Introduce lo que puede considerarse como novedad en ese momento: la extensión objetiva del derecho de superficie al subsuelo. Tras exponer su existencia en la legislación extranjera (Código civil suizo y Ordenanza alemana), destaca que "en la observación de los hechos vividos, ¿quien no ha tenido ocasión de conocer grutas, cuevas, bodegas, garajes, etc., pertenecientes a propietario distinto del dueño del terreno bajo el cual están contruidos?". Pag. 124.

<sup>108</sup> Vamos a realizar una síntesis de las diferentes posturas, pues Guilarte (el derecho de superficie...Cit. pag 141 y ss), ha realizado un estudio profundo y muy clarificador del tema.

nida, limitado y separado de la propiedad del suelo, originado tanto a través de un ius aedificandi como de la concesión de la edificación preexistente.

La tarea primordial de *nuestra doctrina*, consiste en matizar la autonomía del derecho, que el Código parece haber olvidado.

Frente a la marcada analogía que la doctrina en un principio señaló que tenía con la enfiteusis,<sup>109</sup> algún autor posterior<sup>110</sup> se ha encargado de señalar distintos puntos de diferenciación:

En primer lugar, respecto al título, pues mientras la superficie puede establecerse tanto a título oneroso como gratuito, la enfiteusis sólo puede tener carácter oneroso. El enfiteuta debe pagar un canon anual frente al superficiario al que le es posible realizar el pago de una sola vez.

En cuanto al segundo punto, la duración, se señalaba el carácter indefinido de la superficie frente a la enfiteusis. Diferencia que hoy no estaría tan clara debido a la imposición en nuestro ordenamiento jurídico -modalidad urbanística- (y su posibilidad en la mayoría de las legislaciones modernas) de establecer el carácter limitado de la superficie. No obstante, hoy las leyes de Censos imponen la redimibilidad de las mismas. 1608 Cc.

Desde el punto de vista de las relaciones entre suelo y superficie, la distinción radica en el contenido diferente de cada figura. De este modo, mientras la superficie sólo otorga la propiedad de lo que hay encima del suelo, el contenido del enfiteuta es más

---

<sup>109</sup> Vid. Cap. I, bajo el epígrafe "El derecho de superficie en la codificación española. Posturas doctrinales anteriores y posteriores a la publicación del Código Civil español."

<sup>110</sup> González Martín (El derecho real de superficie... Cit. Pag 45 y ss), y Bonet Ramón (Comentario a la Sentencia de 3 de Julio de 1941. RDP. 1941. Pags. 559 y ss).

amplio, al poder ser dueño útil no sólo de lo que está encima del suelo sino también del suelo en sí.

Por mi parte, además de estas notas diferenciadoras, considero que la finalidad de cada institución es diferente. El derecho de superficie se concede con carácter específico para edificar o mantener la construcción sobre solar ajeno, mientras que la enfiteusis concede un goce indeterminado sobre la finca objeto del derecho, aunque históricamente se otorgaba con el fin de hacer productivas fincas incultas.<sup>111</sup>

Precisamente también por la existencia de la facultad de uso y disfrute de la propiedad superficiaria por parte del titular del derecho, se le ha confundido con el usufructo.<sup>112</sup>

---

<sup>111</sup> Frente a todos los argumentos expuestos, contrarios a la equiparación del derecho de superficie a la enfiteusis, continúan existiendo tesis en su favor como la de Luna Serrano (Lacruz Berdejo y otros: Elementos de Derecho Civil III. Derechos Reales. Cit. Pag. 272 y ss) quien insiste "en la idea de un derecho homogéneo erga omnes de aprovechamiento integral del inmueble (ad meliorandum) de carácter semejante a los censos (sobre todo si se paga canon), más próximo a la enfiteusis del Derecho romano e intermedio, me parece menos artificiosa y más conforme a la naturaleza de las cosas... siempre un ius in re aliena..."

O, la postura ya señalada de Peña, en mantener la existencia de un derecho de superficie de carácter censuario, pues como al principio de este Capítulo Segundo he señalado, no cabe la aplicación del art. 1655 al derecho de superficie, ni la finalidad de ambas instituciones es igual, además de que el requisito fundamental del censo enfiteútico es el derecho de pensión, el cual puede no pactarse en el derecho de superficie.

<sup>112</sup> Díez Campany (El Derecho de Superficie en la nueva Ley del Suelo. REVL. 1976. Pags. 257 y ss) y Rodríguez de Alba Madrigal (Análisis del derecho de superficie. Su aplicación a la construcción pública de viviendas. BIMJ. 1987. Pags 559 y ss), mantienen actualmente tal similitud. Afirman, sin ningún tipo de argumentación que apoye su tesis, a mi juicio, que ambas figuras poseen los mismos caracteres, tales como "ser un derecho real de goce o disfrute de los llamados materiales, ser un derecho real mobiliario o inmobiliario, ser de carácter temporal y transmisible". Finalizan diciendo que "en todo caso, lo que parece cierto es que no es un derecho de propiedad. Siendo esto así, parece que no casa con la institución de la propiedad horizontal, que es, aunque complejo, verdadero dominio".

Desconocemos los motivos que han inducido a estos autores a llegar a tales conclusiones, pues ni siquiera entiendo, que les llevan a señalar que el derecho de superficie es un derecho de goce o disfrute, que no es un derecho de propiedad, o incluso

A los argumentos diferenciadores tradicionales mantenidos por la doctrina,<sup>113</sup> como son la extinción del usufructo por la muerte del usufructuario, frente a la del superficiario, o, que el objeto del usufructo puede ser tanto el suelo como el vuelo, mientras que en el derecho de superficie sólo lo constituye la superficie, hemos de añadir otras notas.

Así, consideramos que uno de los argumentos quizá a primera vista más notable, radica en la imposibilidad de alterar la forma y sustancia de la cosa objeto del usufructo, contrariamente a lo que ocurre en el derecho de superficie, donde precisamente se pacta la obligación de realizar una inversión: la construcción del edificio que comporta el contenido mismo del derecho, es decir, la propiedad superficiaria. Consideramos que al usufructuario le está vedada la posibilidad de construir, si con ello modifica la sustancia del usufructo. Aunque es posible que pueda mejorarlo construyendo, cuando la edificación se realice como justificación al ejercicio de su derecho de usufructo. No obstante, la construcción llevada a cabo no podrá ser transmitida precisamente por la inexistencia del poder de disposición del usufructuario, mientras que en el derecho de superficie la propiedad superficiaria sí puede ser objeto de enajenación.

Por otro lado, si en base al estudio del Derecho Positivo realizado, hemos visto como el derecho de superficie otorga una propiedad sobre la edificación a su titular, su derecho será, por consiguiente, de mayor grado que el del usufructo que únicamente otorga facultades de goce sobre la cosa. Aunque también hay que señalar que el usufructo puede consistir en un derecho de goce sobre el suelo que incluso puede ser más amplio, en

---

de naturaleza mobiliaria.

<sup>113</sup> Dalmases y Jordana: El usufructo de derechos... Cit. Pag. 146 y Bonet Ramón: Comentario a la Sentencia de 3 de julio de 1941... Cit. Pag. 566.

términos de extensión material, que el derecho de superficie cuyo objeto consiste en el derecho de edificar y/o el mantenimiento de la construcción, con el consiguiente otorgamiento de la propiedad de la edificación.

En base a la facultad del usufructuario de uso y disfrute, al finalizar el usufructo, el Código Civil establece en su art. 487, que no tendrá derecho a la indemnización de las mejoras realizadas, y que incluso, podrá retirarlas si no produce detrimento alguno en el bien. Mientras que en el derecho de superficie, por el contrario, las partes pueden pactar una posible indemnización por la edificación construida,<sup>114</sup> tras la reversión de la propiedad superficiaria a manos del concedente. De ahí que si se pretende equiparar el derecho de superficie a la constitución de un usufructo sobre el suelo con el permiso otorgado al usufructuario de construir, la nota diferenciadora en base a lo que hemos señalado, radica en que el usufructuario únicamente es propietario de los materiales de construcción durante el ejercicio de su derecho pero de nada más por que el nudo propietario será el dueño de la construcción, mientras que la propiedad superficiaria es del superficiario incluso aún antes de que ésta se lleve a cabo, pues con la concesión del derecho ya se le impone el deber de construir y se le otorga la propiedad de tal edificación.

También se le ha equiparado a los derechos de uso y habitación, por el goce que ejerce el superficiario sobre la edificación por él realizada, destinada generalmente a vivienda.

---

<sup>114</sup> Aunque la Ley del Suelo en una primera redacción si fue partidaria de la indemnización, se suprimió en redacciones posteriores, pero como más adelante se estudiará, (Vid. Cap. V "Onerosidad o gratuidad en el derecho de superficie"), las partes pueden convenir lo contrario.

El principal argumento refutador de tal paralelismo que la doctrina<sup>115</sup> ha mantenido, se encuentra en su contenido, el cual se modifica según las necesidades del usuario o habitacionista, mientras que el superficiario siempre tiene un derecho igual: derecho de construir y de mantener la construcción en fundo ajeno.

Nosotros consideramos, además, que el contenido de estos derechos es meramente de goce, mientras que en base a lo ya señalado en relación con el usufructo, el derecho de superficie concede un verdadero dominio sobre la propiedad superficiaria, además del goce del suelo sobre el que se alza la construcción y que posibilita, a su vez, la misma.

Pero reflexionando sobre el verdadero contenido de estos derechos, debemos hacer constar que su esencia es un derecho de goce cuyo carácter es personalísimo, pues no se pueden arrendar ni transpasar por ninguna clase de título, no siendo susceptibles de gravamen.<sup>116</sup> Mientras que si el derecho de superficie, en base a lo expuesto lo consideramos como un derecho de propiedad, temporal o indefinido, su facultad principal es la

---

<sup>115</sup> Manresa y Navarro (Comentarios al Código Civil español. T. XI. 6ª ed. revisada por Bloch. Reus. Madrid. 1972. Pag 276).

Para el estudio de los derechos de uso y habitación, Vid: Rams Albesa: *Uso, habitación y vivienda familiar*. Montecorvo. Madrid. 1987; y Doral Garcia de Pazos: *Estudio de los Arts. 467 a 529 C.C. en Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo y Diaz Alabart. T. VII. Vol. 1º. 2ª ed. EDERSA. Madrid. 1992. Pag 614 y ss.

<sup>116</sup> Rams Albesa entiende el derecho de uso como "un derecho real de goce en cosa ajena, sin injerencias de tercero, -incluido, a estos efectos, el propietario de la cosa objeto del derecho,- que menoscaben o hagan imposible el goce directo, que se concede de forma estrictamente personal al usuario para que obtenga de la cosa cuantos servicios sea capaz de aprovechar para la satisfacción directa y sin intermediación de sus necesidades personales y familiares, incluso haciendo suyos los frutos naturales o industriales que sea susceptible de producir, si bien la apropiación de frutos se limita por regla, al límite del consumo anual posible por el usuario y su familia".

En cuanto a la habitación señala que es "un derecho real sobre cosa ajena, distinto del uso y del usufructo, con finalidad exclusiva de alojamiento, por lo que faculta al titular para ocupar las piezas de una vivienda que a tal fin sean precisas para él y su familia, con las mismas obligaciones y limitaciones que se imponen al usuario". Rams Albesa: *Uso, habitación...* Cit. Pags. 24 y 26.

disposición del objeto del derecho: la propiedad superficiaria.

Por otro lado debemos señalar que el derecho de superficie no tiene como único destino el de construcción de viviendas, sino que a diferencia del derecho de habitación, su contenido es más amplio.<sup>117</sup>

También se ha mantenido su similitud con las servidumbres prediales<sup>118</sup>, por las relaciones existentes entre el suelo y la superficie en ambas figuras jurídicas.

Debemos distinguir la equiparación que se realiza con el derecho de superficie cuando éste todavía no se ha ejercitado, de su asimilación en un momento posterior, cuando la edificación ya se ha alzado.

En un primer momento, Dalmases afirmó la imposibilidad de que en el derecho de superficie "se dieran las condiciones de hecho esenciales para la existencia de una servidumbre predial, esto es, los dos fundos de los cuales uno sirve al otro. Porque si se admite, por el contrario, la separación de los dos fundos habrá que reconocer que hay propiedad sobre la construcción, no un ius in re aliena".<sup>119</sup>

Hoy este argumento está superado primero porque es posible considerar el edificio como un inmueble distinto del suelo siendo susceptible de tráfico jurídico independiente; de ahí precisamente la hipótesis de la que hemos partido al entender que el objeto del derecho de superficie pueda ser una propiedad superficiaria separada. Y ello por que el

---

<sup>117</sup> Como veremos en los ejemplos que recogemos a lo largo del presente trabajo: aparcamientos, ciudad de la imagen, parque acuático...

<sup>118</sup> Bonet Ramón: Comentario a la sentencia de 3 de julio de 1941... Cit. Pag. 566, Dalmases y Jordana: El usufructo de derechos... Cit. Pag. 146, Gullón Ballesteros: El contenido de la relación jurídica superficiaria en la vigente legislación española. R.J.C. 1960. Pag. 229 y Guilarte Zapatero: El derecho de superficie... Cit. Pag. 146 y 149.

<sup>119</sup> Dalmases y Jordana: El usufructo de derechos... Cit. Pag. 146.

edificio cumple todos los requisitos necesarios para ser considerado como cosa autónoma en sentido jurídico, siendo susceptible de constituir en su independencia una unidad útil. Pero, en segundo lugar, el reconocimiento de dos fundos no implica que el derecho no pueda surgir como un derecho real que concede el dominus soli del cual nazca una propiedad separada y limitada sobre la construcción.

Nuestro argumento se fundamenta en que hoy no es posible asimilar el derecho de superficie únicamente a un ius in re aliena, pues al haber desaparecido la concepción del principio de accesión, en sentido rígido, es posible mantener la existencia de una propiedad separada, sustentada en base al derecho de goce sobre suelo ajeno que tiene el superficiario.

No obstante, aún existiendo dos fundos distintos y dos propiedades distintas, consideramos que no es posible identificar al derecho de superficie con las servidumbres prediales.

Tras la concesión del derecho de superficie, cuando la construcción todavía no se ha iniciado, lo que existe es un derecho real de superficie pero sin su objeto: la propiedad superficiaria. En este momento existe ya la separación de dos dominios distintos con contenidos diferentes, aunque no se haya materializado su objeto.

Cuando ya se ha alzado la edificación y ha nacido la propiedad superficiaria, creemos que tampoco es posible la equiparación de ambas figuras, y precisamente en este momento es en donde vamos a centrar nuestro breve análisis de la diferenciación de ambas instituciones. Y ello por que, aún considerando al suelo como fundo dominante y al edificio como predio sirviente, no nacería la finalidad de la servidumbre, esto es, la necesidad de que el fundo sirviente, en nuestro caso el edificio, preste una utilidad al suelo. Porque, ¿cuál sería?. En realidad durante la vida del derecho de superficie ninguna. El canon superficiario no puede considerarse una utilidad (sin olvidar que puede constituirse



gratuitamente), pues el superficiario absorbe con su derecho real y su propiedad superficiaria la casi totalidad del "frui" del suelo. Solamente en el momento de la reversión y al hacerse el dueño del suelo propietario del edificio, podría entenderse que nace esta utilidad, pero entonces ya no existe el derecho de superficie.

Si admitimos lo contrario, es decir, que el edificio realice las funciones de fundo dominante respecto al suelo, significaría, como reconoce Pugliese,<sup>120</sup> que se ampliaría el contenido propio de una servidumbre, ya que el apoyo de la construcción sobre el suelo no es sólo una necesidad física para aquella, sino que es la posibilidad misma de su existencia.

A nuestro modo de ver, además, sería imprescindible que la construcción se hubiese al menos iniciado para considerarlo como fundo dominante.

También se ha mantenido la analogía de la concesión ad aedificandum con la servidumbre predial "servitus oneris ferendi".<sup>121</sup> La tesis que sostiene tal analogía, señala la existencia de una servidumbre predial a favor del edificio que se va a construir, sometida a la condición suspensiva de la ejecución de la construcción, o la existencia de una "servitus oneris ferendi" a favor de la construcción futura.

Guilarte,<sup>122</sup> que ha estudiado este punto, llegó a la conclusión, con la que estamos de acuerdo, de que tal tesis no resultaba convincente pues no había duda de que tal modalidad de servidumbre carecía de eficacia real hasta el momento en que efectivamente existía el fundo dominante, mientras que la relación superficiaria tiene eficacia real desde el principio, siendo oponible frente a todos.

---

<sup>120</sup> Pugliese: Superficie...Cit. Pag. 563

<sup>121</sup> Balbi: Il diritto di superficie. Torino. 1947. Pag. 53.

<sup>122</sup> Guilarte: El derecho de superficie... Cit. Pag. 151.

Además se puede señalar que, en principio, el derecho de superficie no es únicamente una concesión para edificar, sino que también existe la obligación de mantener la edificación ya construida en derecho de superficie sobre suelo ajeno.

Pero la cuestión más importante radica además en que el titular superficiario no sólo tiene un derecho de goce para llevar a cabo la edificación sobre suelo ajeno, sino que su derecho va más allá, se le concede -como ya hemos visto- la propiedad de la construcción superficiaria.

Otro argumento diferenciador radica en que en las servidumbres, el gravamen no puede ser más amplio que la utilidad que proporciona, al contrario de lo que ocurre cuando se otorga un derecho de superficie. En este supuesto, el suelo se grava con la constitución de un derecho, que conlleva la propiedad superficiaria de un edificio, sin reportar una utilidad superior al suelo que lo que implica el gravamen. El interés que reporta la servidumbre puede ser de cualquier clase, tanto económica, como estética, o de comodidad. Mientras que el derecho de superficie puede no satisfacer para el dueño del suelo ningún interés de este tipo durante la existencia del mismo, salvo si se ha pactado algún canon.

También debemos matizar que el contenido básico de las servidumbres radica en el poder directo de su titular sobre el predio sirviente. En el derecho de superficie no hay un poder directo del dominus soli sobre el edificio, sino al contrario, se grava al propio suelo otorgándose un derecho muy amplio: el derecho de superficie que origina la propiedad superficiaria del edificio. Existen, por tanto, dos propiedades distintas y separadas cada una de ellas.

Consideramos necesario también hacer hincapie en que, mientras las servidumbres se transmiten inseparablemente unidas al suelo de la finca a que pertenecen, el derecho de superficie puede no solamente transmitirse separadamente del suelo sobre el que radica

(tanto cuando en dicho derecho aún no ha tenido lugar la propiedad superficiaria, como después cuando la construcción ya se ha realizado) sino que es uno de sus caracteres especiales. La razón de ello reside, a nuestro juicio, en la diferente naturaleza jurídica de las dos figuras que estamos examinando. Pues mientras que la inseparabilidad de la servidumbre del fundo se basa en que se establece en beneficio de éste, el derecho de superficie concedido por el dominus soli otorga, en último término, una propiedad de carácter independiente, donde se incluye la facultad de disposición.

Debemos resaltar cómo las servidumbres no pueden ser gravadas por si solas sino en unión del predio dominante, mientras que el derecho de superficie sí, ya que es independiente el gravamen que recaé sobre el suelo, que el que afecta a la propiedad superficiaria.

Para concluir, señalar que el derecho de superficie se distingue de las servidumbres prediales por sus caracteres de ser transmisible intervivos, mortis causa e hipotecable.<sup>123</sup>

El derecho de superficie se le ha equiparado también a la accesión invertida,<sup>124</sup>

---

<sup>123</sup> Ramos González (La accesión invertida y el derecho de superficie su problemática en el CC. Derecho Científico y legislación catalana RJC 1977. Cit. Pag. 371) afirma que "se distinguiría netamente de las servidumbres prediales por no ser subjetivamente real, por ser transmisible intervivos y mortis causa e hipotecable".

<sup>124</sup> Para un mayor análisis sobre la accesión invertida y la construcción extralimitada, ver los siguientes estudios:

De la Plaza: Construcciones sobre suelo ajeno. RDP. 1947. Pag. 439 y ss. Latour Brotons: La construcción extralimitada. RDP. 1966. Pag. 261 y ss, Díez Picazo: La modificación de las relaciones jurídico reales y la teoría de la accesión. RCDI. 1966. Pags. 829 y ss; Ramos González: La accesión invertida y el derecho de superficie... Cit. Pags. 118 y ss; Torres Lana y Doral García: El "ius aedificandi" y el principio de accesión. RGLJ. 1981. Pags. 27 y ss; De Angel Yaguez: La construcción, plantación o siembra en suelo ajeno del art. 361 del Código Civil. La Ley. 1985. T.4ª. Pags. 480 y ss; Garrido Palma: ¿Superficie solo cedit?. El principio de accesión y el Derecho de Superficie. RDN. 1969. Pags 89 y ss; Revilla Ariet: Justificación de la regla "superficie solo cedit". Invasión de suelo ajeno. (STS 10 de diciembre de 1980). ADC. 1982. Pags. 267 y ss, Hernández Crespo: La accesión invertida. RCDI. 1972. Pag. 729, y sobre todo la obra de Carrasco Perera: "Ius aedificandi" y accesión. Montecorvo. 1986.

puesto que ambas instituciones suponen una excepción al principio de accesión.<sup>125</sup>

Esta institución nace como solución al conflicto de intereses surgido entre el propietario del edificio y el del suelo.<sup>126</sup> Su finalidad se centra en mantener la obra, de acuerdo con la función social y económica de la propiedad, para que produzca el mayor beneficio posible a la comunidad, entrando en el juego de la valoración económica de las cosas unidas.<sup>127</sup> De esta forma, y como señala Torres Lana, "estamos ante un caso de derogación tácita de las reglas citadas... (las cuales) resultan inaplicables por la concurrencia de

---

Como solución al problema planteado por la edificación en suelo ajeno, el Código Civil adoptó el principio de que el suelo cede al edificio. Es lo que se denomina como "accesión normal". Frente a este criterio se encuentra la "accesión invertida", la cual se produce en los supuestos en los que el titular de la edificación se hace dueño del terreno que le sirve de soporte, a través de la realización de la construcción hecha total o parcialmente en suelo ajeno con buena fe. El supuesto más típico, lo encontramos en el art. 361, que regula la accesión normal al construirse de buena fe sobre suelo ajeno. Dicho precepto establece que el dueño del terreno puede obligar al que edificó, a pagarle el precio del suelo ocupado por el edificio. Sin embargo, podemos señalar que propiamente no es tal supuesto, ya que se trata de la adquisición del terreno por parte del dueño del edificio, no ipso iure o por ministerio de la Ley, sino cuando el dominus soli opte por venderlo al titular de la edificación. Vid. sobre este tema: Nuñez Boluda: La accesión en las edificaciones. Bosch. Barcelona. 1994.

<sup>125</sup> Este principio tiene su fundamento, según la **Resolución de la D.G.R.N. de 19 de mayo de 1952**, (J.R. Roca Sastre T. IX 1951-1963. Pag. 110 y ss) en la intención de conferir a un solo titular el dominio de la finca, evitando situaciones anormales de condominio, sin cuotas homogéneas, o la coexistencia de una propiedad del suelo y otra distinta sobre el suelo, o la creación de derechos de superficie que como excepcionales, deben establecerse o pueden pactarse expresamente."

<sup>126</sup> Siguiendo con la **STS de 1 de febrero de 1979** (Rep. Aranz. 420), en el intento de distinguir el arrendamiento con el derecho de superficie alegado en todo momento por el demandante-arrendatario "que pretendió la condena del arrendador al otorgamiento de la escritura de compraventa por efecto de la accesión invertida... y subsidiariamente a que se le haga pago del valor de la construcción levantada en el fundo arrendado..."

El Tribunal alegó la improsperabilidad de tal alegación porque..."la accesión invertida nada tiene que ver con las obras y edificaciones realizadas por el arrendatario o el usufructuario..."

<sup>127</sup> Ramos González: La accesión invertida y el derecho de superficie... Cit. Pag. 374 y 375.

principios contradictorios, como pueden ser la función social de la propiedad, la preeminencia del "accessorium sequitur principale" sobre el "superficie solo cedit"...<sup>128</sup>

Partiendo de tal argumento no se puede confundir ni siquiera equiparar, la accesión invertida con el derecho de superficie, el cual sólo produce la derogación indefinida o temporal del principio de accesión. Así, la propiedad superficiaria construida en terreno ajeno, pertenecerá al superficiario durante el tiempo pactado por las partes, transcurrido el cual, vuelve a recobrar plena eficacia el principio de accesión, revirtiendo la propiedad superficiaria a manos del dueño del suelo.<sup>129</sup>

La diferencia entre ambas instituciones estriba en que en la accesión invertida el que edifica no es titular, con carácter previo a la realización de la construcción, de derecho alguno que le atribuya el dominio de lo que construye, como ocurre en el derecho de superficie, aunque en ambos casos se construye sobre suelo ajeno. Además en el derecho de superficie se otorga en el mismo acto de concesión la posesión de dicho suelo ajeno con la finalidad de llevar a cabo la construcción, o de mantener la existente.

En cuanto a la distinción con la construcción extralimitada, baste señalar que es una modalidad de la accesión invertida, consistente en la intromisión subterránea o aérea en el fundo vecino ajeno.<sup>130</sup> A mi modo de ver, también entre ambas figuras hay

---

<sup>128</sup> Torres Lana y Doral García: El "ius aedificandi"... Cit. Pag. 36.

<sup>129</sup> Carrasco Perera, señala muy acertadamente como "la **communis opinio** sobre las relaciones entre accesión y derecho de superficie se expresa de la siguiente manera: el principio de accesión es una regla de alcance universal cuyos efectos sólo pueden ser desconocidos o limitados mediante un título que actúe como **contrarius actus** de la regla "superficie solo cedit". Este título, con virtualidad específica derogatoria del principio de accesión, es el derecho de superficie (los derechos de vuelo o propiedad horizontal se consideran modalizaciones parciales de este derecho o bien con una función subalterna)". Carrasco Perera: "Ius aedificandi" y accesión... Cit. Pag. 399.

<sup>130</sup> En el mismo sentido se manifiesta la Jurisprudencia. Así, la **STS de 1 de febrero de 1979**. (Rep. Aran. 420), el demandante mantenía que "se extinguió el derecho de

diferencias notables.

En esta figura la edificación se asienta sobre terreno, en parte propio del edificante y en parte ajeno.<sup>131</sup> No hay pues un acuerdo entre las partes para la constitución del derecho de superficie.<sup>132</sup> Sin olvidar que, como ya hemos visto, el derecho de superficie no nace simplemente de la concesión ad aedificandum, sino que también puede concederse sobre una construcción ya existente.

Siguiendo con nuestro análisis de distinción con figuras afines, debemos señalar que

---

superficie y que, por tanto, entra en juego el principio de la accesión del C.C., considerando en nuestro caso como principal los pabellones edificadas y como accesorio el terreno rústico propiedad del demandado."

No obstante, se establece por el Tribunal Juzgador que tal impugnación se considera improsperable, ya que "no puede invocarse la construcción extralimitada cuando faltan los requisitos básicos de la parcial edificación en suelo ajeno y la racional creencia del propio dominio sobre el terreno invadido, obviamente incumplidos cuando la construcción ha sido totalmente levantada o edificada en predio que se sabe ajeno."

<sup>131</sup> En el supuesto de la construcción extralimitada se aplica, aunque de forma especial, el artículo 361 del Código Civil. Y ello porque existen razones de interés superior, tales como la conveniencia de la construcción, función social de la propiedad, e incluso por aplicación de la teoría del abuso del derecho, de manera que se excluye de los dos términos de la opción que el precepto otorga al dueño del suelo, uno de ellos: el de hacer suya la obra (pensamos en el supuesto de indivisibilidad de la construcción). Y al ser, por las razones señaladas, imposible su demolición, se llega a la solución de limitar el derecho del propietario del terreno invadido, en el sentido de que únicamente tenga posibilidad de ejercitar uno de los términos previstos en el indicado artículo, es decir, la venta del terreno al edificante.

En el mismo sentido Díez Picazo comentando la STS de 31 de mayo de 1949, supuesto de construcción extralimitada, señala que en este caso no se aplica el principio "superficie solo cedit", que es sustituido por el "accesorium sequitur principale", de tal manera que al menos en muchos casos se considera como principal la construcción extralimitada en relación con el terreno invadido. Díez Picazo: Estudios sobre jurisprudencia civil. II. Tecnos. Madrid. 1981. Pag 272.

<sup>132</sup> Latour señala que "la Sentencia de 31 de mayo de 1949, descarta la posibilidad de crear una copropiedad o de un derecho de superficie, por no ser conciliables con el efecto de la accesión, que no consienten que la unidad que constituyen dos distintas cosas deje de pertenecer al solo propietario de una de ellas." Latour Brotons: La construcción extralimitada. RDP. 1966. Pags. 261 y ss.

con la que más se le ha equiparado al derecho de superficie, en todos los ordenamientos pero especialmente en el nuestro, es con el arrendamiento.<sup>133</sup> Dentro del arrendamiento existen dos tipos específicos o modalidades complejas,<sup>134</sup> que tienen bastantes puntos en común con el derecho de superficie. Nos estamos refiriendo a los arrendamientos llamados

---

<sup>133</sup> Al ser la Jurisprudencia la que se ha encargado de matizar la diferenciación existente, vamos a dedicarle también parte considerable del apartado siguiente.

Como inicio del estudio de la distinción que vamos a realizar entre ambas figuras, quiero recordar cómo el Código Civil reconduce el derecho de superficie a través de las reglas del arrendamiento o de la enfiteusis, según el periodo de tiempo por el que se pacta. Sin embargo, la doctrina comienza a estudiar la diferenciación entre los tipos de figuras jurídicas no en base a la duración de todas ellas, sino dependiendo de si lo que se otorga al superficiario es el goce de la finca, un derecho de dominio dividido, o un verdadero derecho de propiedad separada.

Antes de llegar a esta diferenciación, algún autor continúa manteniendo la posibilidad -en base a lo dispuesto en el Código Civil- de constituir el derecho de superficie a través de dos figuras, el arrendamiento o la enfiteusis. Así, Sans Buigas (La plusvalía municipal en el derecho de superficie. REVL. Año. XIII. N<sup>o</sup>. 75. 1954. Pag. 350), desde su peculiar perspectiva de estudio, y tras afirmar que el derecho de superficie es un contrato atípico, por cuanto no se halla regulado en el Código Civil, señala que este contrato suele ofrecer dos características distintas: la de un arriendo o bien la de un verdadero derecho de superficie, en cuyo último caso se asemeja a la enfiteusis.

Concluye que si éste ofrece las características propias de un arrendamiento, las transmisiones que se hagan de terrenos, con esta característica no pueden ser objeto de aplicación del arbitrio de plusvalía, en el cual se exige una verdadera transmisión del dominio o de un derecho dominical. Si por el contrario, del contrato se desprende la existencia de un derecho dominical de superficie, las transmisiones de dominio de los terrenos sobre los cuales radica este derecho, pueden ser objeto de dicho impuesto.

<sup>134</sup> La característica principal de estos **contratos complejos**, reside en que junto a las prestaciones propias y específicas de la locación, se añaden otras que forman parte integrante de figuras jurídicas distintas.

Así, en el arrendamiento ad meliorandum se impone al arrendatario la obligación de realizar obras de mejora (queda obligado a un facere) y en el arrendamiento ad aedificandum, se entrega el objeto arrendado pero el arrendatario ha de realizar obras de las que va a usar y gozar durante la vigencia del contrato.

En ambas figuras, junto a la prestación propia del arrendamiento -pago de la renta-, se agrega la de mejorar o la de edificar queridas como fundamentales, de ahí que la renta quede sustituida por la realización de las obras, o que se pacte una inferior a lo normal sobre el objeto arrendado.

Por último, las obras quedan en poder del arrendador al terminar el contrato, ya sea con o sin indemnización, según lo pactado.

ad meliorandum, y a aquellos denominados arrendamientos ad aedificandum.<sup>135</sup>

Vamos a estudiar en primer lugar cada una de estas dos figuras por separado para, con posterioridad, poner de relieve las diferencias existentes con el derecho de superficie. Los **arrendamientos ad meliorandum** tienen como finalidad la de mejorar la cosa arrendada, adquiriendo tales mejoras el carácter de obligatorias para el arrendatario, de manera que si lo que se cede en arrendamiento es una edificación, la obligación que se contrae reside en la mejora de las instalaciones existentes.<sup>136</sup>

---

<sup>135</sup> Vid, en general, Porcioles (Arrendamientos complejos. NEJS. T.II. Barcelona. 1950. Pag. 929), Cerrillo Quilez (Arrendamientos complejos. RCDI. 1950. Pag. 1193 y ss) y Gonzalez Enriquez (Arrendamientos complejos. ADC. 1956. Pag. 1193). Y, en cuanto a su diferenciación con el derecho de superficie, el estudio realizado por González Porras: La prescripción extintiva en Cataluña... Cit. Pag. 130. Ultimamente se ha tratado el tema en el estudio de Clemente Meoro: El arrendamiento urbano con opción de compra como contrato complejo y la transmisión de la propiedad en favor del optante. R.G.D. 1993. N° 583. Pag. 2791 y ss.

<sup>136</sup> Como el objeto de nuestro estudio se centra en la superficie urbana, la diferencia a la que hacemos referencia es a los arrendamientos urbanos ad meliorandum. Así vid. las siguientes sentencias:

- **STS 29 de mayo de 1950**. Rep. Aran. 1008 y 1008 bis, que afirma que "...la naturaleza y características de las convenciones consignadas...revelan claramente que el contrato de 28 de febrero de 1938, no es de arrendamiento simple y corriente, sino que aparece investido de una complejidad...la clausula esencial del mismo, cual es la obligación del arrendatario de realizar las obras de conservación y reparación necesarias... y en el que se discute fue expresamente pactado con manifiesta influencia de su estipulación en la moderación del precio convenido del arriendo..."

- **STS 21 de abril de 1951**. Rep. Aran. 1021 que establece "que la obligación de levantar el edificio en cuestión no constituyó una obligación incidental de la obligación contractual, sino que era una pieza básica y fundamental, lo mismo en el aspecto físico como económico... y por la esencia del propio contrato, éste no podía ser objeto de prórroga forzosa..."

- En el mismo sentido se encuentran las STS: de 4 de mayo de 1947 (Rep. Aran. 1609), de 17 de mayo de 1958 (Rep. Aran. 2091), de 13 de junio de 1961 (Rep. Aran. 3008), 3 de abril de 1984 (Rep. Aran. 1923), 29 de diciembre de 1986 (Rep. Aran. 7831).

No obstante, y según el apartado 3º del art. 2 de la LAR, cabe también la existencia del arrendamiento ad meliorandum de carácter rústico. De esta manera, y en base al precepto citado, se establece que: "no perderán su naturaleza (de arrendamientos rústicos), aunque concorra alguna de las circunstancias siguientes: Consistir el precio... en la mejora o transformación del fundo arrendado".



En este tipo de arrendamiento se considera que la mejora tiene una gran relevancia jurídica, puesto que es llevada a cabo por un sujeto que no es el dueño de la cosa, sino por aquél que tiene la detentación de la misma a través del título de arrendamiento.

En concreto, el paralelismo de ambas figuras radica en determinar las consecuencias que la obra o mejora produce en la esfera patrimonial de los sujetos. Por ejemplo, en este caso, el arrendatario es poseedor de una cosa ajena y su actividad respecto a la finca arrendada tiene consecuencias jurídicas para el propietario o titular legitimado para constituir la situación arrendaticia.<sup>137</sup> De esta forma, tal y como ha señalado la Jurisprudencia,<sup>138</sup> la obligación que tiene el arrendatario de mejorar el fundo es de carácter principal, entrando a formar parte la mejora de la esfera patrimonial del arrendador puesto que se concibe como una obligación, a modo de contraprestación o precio cierto,<sup>139</sup> o incluso también, unido a aquella cuyo valor no será tan alto al estar obligado el arrendatario a realizar la mejora o transformación en el fundo.

---

Lo que significa que la obligación de mejora o de transformación del fundo arrendado, no desnaturaliza su concepción de arrendamiento rústico. Vid: Gil Robles y Gil Delgado: Comentarios prácticos a la Ley de Arrendamientos Rústicos. Civitas. Madrid. 1981. Pag. 28; Hidalgo: Ley de Arrendamientos rústicos. Comentario y formulario. Tecnos. Madrid. 1986. Pag. 36; y, Huelín Martínez de Velasco: Legislación básica sobre fincas rústicas. Colex. Madrid. 1986. Pag. 16.

<sup>137</sup> Cobacho Gómez: Estudios sobre la Ley de Arrendamientos Rústicos. 2ª ed. Universidad de Murcia. 1986. Pag. 53 y ss

<sup>138</sup> Vid. nota 158.

<sup>139</sup> Es de destacar la contradicción existente en este tipo de arrendamiento ad mejorandum, y el concepto de arrendamiento contenido en el art. 1.543 del C.c., donde se considera elemento esencial del contrato el precio cierto, mientras que en aquél la contraprestación puede revestir una forma, que incluso puede resultar inconcreta (según los términos del contrato), como es la de una posible mejora o transformación. A juicio de Martínez Valencia, (Comentarios de la Ley de Arrendamientos rústicos (Jurisprudencia y formularios). Dykinson. Madrid. 1991. Pag. 18.), la mejora o transformación puede suponer incluso una "no mejora", cuya valoración económica es indeterminada.

La cuestión central se basa en que la mejora o transformación que se realice en la finca, no debe revestir tal importancia que dé lugar a que la misma deje de tener ese carácter, puesto que entonces el contrato dejaría de ser de arrendamiento.<sup>140</sup>

En cuanto a los **arrendamientos ad aedificandum** podemos definirlos como la cesión de terrenos, en los cuales se realizan construcciones a costa del arrendatario, pudiendo usar y disfrutar de las mismas hasta la expiración del término del contrato.

El destino principal de este arrendamiento es la construcción, por el arrendatario, de edificaciones aptas para ser habitadas, por lo que el objeto primordial de los mismos recaerá sobre solares.

Dentro de esta modalidad arrendaticia y de acuerdo con el fin que nos proponemos, consistente en delimitarla con respecto al derecho de superficie, nos interesan, sobre todo, dos supuestos: arrendamiento de solares que quedan destinados a la realización de diversas actividades industriales;<sup>141</sup> y arrendamiento de solar con autorización al arrendatario para

---

<sup>140</sup> Así lo estima Martínez Valencia: Comentario... Pag. 18.

La **STS de 11 de junio de 1987** señala "que la obligación de realizar mejoras, concretamente relativas al mejor cultivo en regadío del predio, no pueden tener el concepto de renta, dada la frase de la cláusula 5ª del contrato de 1975, que dice **"independientemente de la mejora aludida, se fija la renta anual de 3.500 pts fanega de tierra"**, pero ello no obsta a que la obligación de mejorar la finca subsista y que se dé **carácter principal en un contrato de arrendamiento rústico**, como prevé el art. 2- 3º de la LAR"... "según la cual han de quedar en beneficio de la finca las mejoras introducidas por el arrendatario previstas en el contrato..."

Sentencia, así mismo, recogida por Llamas Valbuena y Llamas Pombo: Arrendamientos rústicos. Sentencias del Tribunal Supremo y Audiencias Territoriales posteriores a la Ley de 31 de diciembre de 1980. Trivium. Madrid. 1989. Pag. 133 y ss.

<sup>141</sup> **STS 17 de abril de 1948**. Rep. Aran. 631. "...la regla cuarta del arrendamiento dice que es la explotación del salto de agua pudiendo aprovechar el arrendatario la presa, canales y edificios o restos materiales de ellos...debiendo considerarse la condición, consignada en el contrato, de que las obras e instalaciones debidas a la actividad del arrendatario pasen a propiedad de los arrendadores, como un pacto especial que caé fuera de las relaciones arrendaticias que nunca son título adquisitivo del dominio y no puede regirse sino por la legislación común, y ese pacto tenía sin duda por explicación y contrapartida la larga duración del contrato que ha regido durante veintidos años y se

realizar construcciones permanentes.<sup>142</sup>

Además, como más adelante veremos, la Jurisprudencia establece la existencia de un **arrendamiento superficiario**, por existir "...una relación arrendaticia en la que se ha injertado con soldadura muy íntima un derecho de superficie.." <sup>143</sup>

No obstante, entiendo que existen diferencias bastante claras entre ambas figuras jurídicas.

---

prorrogó por tres años más y la escasa cuantía de la renta cuya desproporción con la importancia del negocio, fue tenida en cuenta indudablemente por el que recurre..."

<sup>142</sup> **STS 24 de octubre de 1959**. Rep. Aran. 3963. "Que la edificación realizada cuya modificación estaba prevista en el contrato, al autorizarse al arrendatario para efectuarla, no permite ver aquella calificación y entender por su texto que se está ante la presencia de un arriendo superficiario; y ello en razón a faltar, en el caso que se enjuicia el requisito esencial exigido por el Digesto en su fragmento segundo, título 18, Libro 43, al que se hace referencia en sus sentencias de esta Sala, 3 de julio de 1941 y 21 de abril de 1951, y que está constituido por el solar-llamamos cosas superficiarias, dice Gayo, en expresado fragmento, a las que se levantan en un solar- elemento sustancial del arrendamiento, en el cual, en este se injerta, el derecho de superficie lo que no tiene lugar en el caso de autos dado que la cosa arrendada fue la tienda de la casa 7, con las nuevas edificadas existentes en los dos patios facultándose al arrendatario para hacer en ellas las reformas convenientes, facultad que indica que podía realizarlas o no, a su voluntad, pero que por el exceso en que las originó, dió lugar a que la obligación convenida quedará ampliada por la cláusula adicional..."

Otras Sentencias que establecen la existencia de un arrendamiento ad aedificandum son: **STS de 14 de octubre de 1969** (Rep. Aran. 4622), **23 de junio de 1970** (Rep. Aran. 3586), **10 de octubre de 1970** (Rep. Aran. 4369), **25 de noviembre de 1971** (Rep. Aran. 5013), **3 de abril de 1984** (Rep. Aran. 1923)... entre otras.

Es interesante la **STS de 1 de febrero 1979** (Rep. Aran. 420), en ella el Tribunal declaró la existencia de un arrendamiento ajeno a la legislación especial de inquilinato y disciplinado por el ordenamiento común cuya normativa sería siempre aplicable a tal locación atendida la complejidad de las obligaciones asumidas por el arrendatario como pacto especial en orden a construir en el plazo máximo de dos años en la porción de terreno arrendada.... "estipulación de un facere que por los términos en que aparece concebida ofrece muy distinto alcance al de un mero permiso para edificar, insuficiente, éste a todas luces para estimar constituido un derecho real de superficie..., y tampoco tiene la naturaleza de una titularidad concedida ad aedificandum, con efectos reales independientemente de que sea levantada la construcción, sino que se trata de una locatio operis ad meliorandum en la cual la prestación del arrendatario viene integrada por el doble elemento del precio en dinero y la construcción de edificios en determinadas características; en suma, arrendamiento de solar con obligación de edificar, que comporta un contrato atípico y complejo marginado de la LAU".

<sup>143</sup> **STS 3 de julio de 1941**. Rep. Aran. 891.

Así, considero conveniente reflexionar sobre la intención de las partes contratantes para ver si estamos ante un arrendamiento complejo o un verdadero derecho de superficie.<sup>144</sup>

Es evidente que en ambas relaciones jurídicas la edificación es una obligación para el arrendatario y para el superficiario, de ahí la dificultad que entraña a primera vista su delimitación.

Un punto de distinción, a mi modo de ver, se encuentra en si la construcción forma parte de la contraprestación de quien contrata, o, si lo construido en suelo ajeno revierte, o no, al dueño del terreno ya que "las relaciones arrendaticias no pueden ser jamás transmisivas del dominio".<sup>145</sup> De manera que desde el mismo instante que la obra o mejora se están realizando por el arrendatario, son propiedad del arrendador, mientras que en el derecho de superficie, por el contrario, la propiedad de lo construido se transmite al término del plazo, produciéndose la atribución patrimonial al dueño del suelo, a la extinción del derecho. Y ello porque la facultad de construir sobre su suelo expresamente se la había recortado el concedente a sí mismo al otorgar el derecho de superficie. Pero tras el plazo de duración del mismo, vuelven a revitalizarse las reglas de la accesión, pasando a ser propiedad del dominus soli todo lo que exista sobre su fundo.

---

<sup>144</sup> Cossio y Corral (El arrendamiento de solares y la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos. A.D.C. 1948. Pags. 479 y ss.) aclaró, acertadamente, que "no siempre que se autorice al arrendatario a llevar a cabo edificaciones en el solar arrendado nos encontramos ante un Derecho de Superficie."

<sup>145</sup> Porcioles: Arrendamientos complejos... Cit. Pag. 928. En el mismo sentido González Porras (La prescripción extintiva en Cataluña... Cit. Pag. 131), quien recoge este argumento, señalando que "no tiene explicación hablar de una atribución patrimonial dentro de un esquema locativo. A ello se añade que si revierte la propiedad de la edificación al dueño del terreno, es por la sencilla razón de que antes no era suya y que al momento de estipularse el contrato no se podía hablar de arrendamiento de tales edificaciones por la razón de que no existían y malamente puede arrendarse algo que no existe."

Las razones de la diferenciación, señala González Porras,<sup>146</sup> se basan en que "el arrendamiento ad aedificandum (existe) cuando hay permiso para edificar construcciones más o menos permanentes en el solar, y relaciones superficiarias cuando el edificar es uno de los presupuestos del contrato otorgado, obligación respecto de la cual y en contemplación a la que el dueño del terreno ha establecido las condiciones del contrato."

A mi juicio, uno de los puntos esenciales de distinción reside en que en el arrendamiento complejo la obligación principal es la realización de la construcción, aunque su finalidad sea su uso únicamente y no la propiedad de la misma como ocurre en el derecho de superficie. Sin olvidar que su objeto no solamente reside en construir, sino también en mantener lo construido, posibilitándose con esta acepción que el objeto del mismo recaiga sobre una construcción preexistente, pudiendo en este punto asemejarse al arrendamiento ad meliorandum.

Para establecer la diferenciación entre ambas figuras no hay que olvidar lo que expusimos al principio referente a "la intención de los otorgantes", presupuesto muy importante porque no será suficiente que las partes establezcan un pacto, con requisitos propios del derecho de superficie dentro del arrendamiento para la desnaturalización del mismo; como puede ser, por ejemplo, pactar un plazo de duración indefinida, porque en ese caso nos acercaríamos más al derecho de superficie.<sup>147</sup>

---

<sup>146</sup> González Porras: La prescripción extintiva... Cit. Pag. 132.

<sup>147</sup> Requisito que ya expuso Rodríguez de Valcarcel (R. D. Procesal. 1953. Pag 623 y ss), al comentar la sentencia de 13 de diciembre de 1950 del Juzgado de Primera Instancia N° 16 de Madrid. Señalando que "el hecho de que en un arrendamiento de un predio con destino a solar se injerte o yuxtaponga una cláusula con matices de derecho de superficie, no debe restar eficacia al contrato principal..."

Este autor distingue el contrato de arrendamiento (objeto de la Sentencia) del derecho de superficie en dos notas principalmente: "1º Porque el cesionario del solar no venía vinculado necesariamente a edificar sobre el terreno, si edificó porque quiso o le convino, ya se separa de la configuración que quiso dar el demandado al pacto, y 2º por

Evidentemente donde se produce la distinción fundamental de ambas figuras es en la finalidad de cada una. Con la creación del derecho de superficie se origina una propiedad superficiaria separada del edificio construido, en base a la derogación de las reglas de la accesión. En el arrendamiento ad meliorandum existe una cesión de uso con la obligación de mejorar la edificación, y en el ad edificandum, la cesión del uso tiene como finalidad la obligación de construir. En ningún momento, nace en favor del arrendatario derecho real alguno, mientras que con la concesión del derecho de superficie precisamente es eso lo que se persigue. Lo que en última instancia supone que al ser el superficiario el propietario de la construcción tiene la facultad de disposición, mientras que el arrendatario no.

Otra de las notas diferenciadoras se encuentra en que en el arrendamiento, ya sea ad meliorandum como ad aedificandum, se puede sustituir total o parcialmente la obligación de pagar la renta por la de edificar o mejorar la finca. De manera que, más que un precio cierto propio de toda relación arrendaticia, lo que hay es la obligación de construir.<sup>148</sup>

En el derecho de superficie, por el contrario el pago del precio no es una obligación típica del mismo, puesto que se puede constituir tanto con carácter oneroso como gratuito.

---

cláusula expresa, pasará, finalizado el contrato, a ser titular del solar, lo que parece anómalo en esta dirección doctrinal (la que determina la existencia de un derecho de superficie), según la que el edificio es de quien lo levantó a sus expensas".

<sup>148</sup> STS 21 de abril de 1951. Rep. Aran. 1021. "...se aprecia claramente que los contratantes quisieron señalar una renta o alquiler módico, que unido a la amortización del capital invertido por el arrendatario dentro de los veintinueve años de vigencia del contrato, representase el justo precio del arriendo y si vencido el plazo estipulado se decretase la prórroga forzosa sin alteración de ninguna de las cláusulas del contrato, surgiría de una parte la imposibilidad de mantener el pacto de "locatio operis", ya consumado, y de otra parte, se rompería el equilibrio de las prestaciones..."

Por último, señalar cómo Porcioles<sup>149</sup> ha mantenido la imposibilidad de la existencia de prórroga en el arrendamiento ad aedificandum, porque la obligación principal de mejorar o edificar, asumida por el arrendatario (verdadero facere), no puede repetirse una vez cumplida. No es factible sin agravio de la equidad contractual, prorrogar la obligación del arrendador a base de un módico canon que sólo representa una parte de las prestaciones asumidas por el arrendatario.<sup>150</sup>

La necesidad de distinguir ambos tipos de figuras jurídicas no ha sido únicamente empeño de la doctrina española sino una necesidad que también se ha planteado en legislaciones extranjeras, como la italiana y la francesa pero debido a diferentes motivos.

En Italia, la Jurisprudencia ha distinguido entre ambos tipos de figuras. Según Pugliese,<sup>151</sup> la Cassazione señala que el criterio correcto de diferenciación radica en la atribución del goce directo del suelo, deduciéndose también de sus palabras, a mi modo de ver, la utilización del criterio accesorio u obligatorio de la construcción. De modo que, si cualquier mejora constituye algo meramente accesorio a la relación, estaríamos ante un

---

<sup>149</sup> Porcioles: Arrendamientos complejos... Cit. Pag. 930.

<sup>150</sup> Dicho autor mantiene que "la obligación principal de los arrendamientos ad meliorandum puros es la de edificar o de mejorar y a ésta se subordinan todas las demás cláusulas contractuales. Prorrogar el contrato indefinidamente a base de una sola de las prestaciones del arrendatario, sería conculcar, sin razón suficiente y en contra de toda la economía del contrato, la conmutatividad arrendaticia..."

<sup>151</sup> Ha tenido particular relevancia en los últimos años, la determinación de la naturaleza real u obligatoria de ciertos tipos de concesiones como la de construir estaciones de servicio o las de instalaciones de gasolina.

A su juicio, la naturaleza real u obligatoria de las mismas dependerá de la peculiaridad del acto de concesión. Sin embargo, debido a los distintos intereses fiscales en juego, no hay una unidad de criterios. Así la Cassazione, ha optado por establecer el carácter obligatorio de tales concesiones por ser más favorable fiscalmente a las compañías petrolíferas. Mientras que, por otra parte, la Commissione Centrale delle Imposte, sostiene insistentemente la naturaleza real de la concesión, que comporta una mayor carga fiscal. Pugliese: Superficie... Cit. Pags. 585 y ss. Nota a pie de pag. nº 35, en donde recoge esa Jurisprudencia.

arrendamiento o una concesión con efectos obligatorios. Si en cambio prevalece la autorización de construir sobre el suelo estaríamos ante un derecho de superficie. De lo que deduce Pugliese que si "la concesión es de naturaleza obligatoria, la construcción pertenecerá al propietario concedente, y si admitimos que se otorga una autorización para construir al inquilino-gerente se constituye un derecho de superficie."

Palermo,<sup>152</sup> recoge cómo viene siendo recientemente reconocida "la validez del pacto incluido en el negocio arrendaticio, como estipulación accesoria del mismo, según el cual se reconoce al arrendatario el derecho de propiedad sobre la construcción realizada, negándosele la posibilidad de conservar tal derecho después del transcurso de la relación contractual". Según dicho autor, con ese pacto se otorga la adquisición de una propiedad separada, que tiene por objeto la construcción, sin implicar legitimación alguna en el goce del suelo sino solamente en cuanto al apoyo que el suelo le presta.

Lo que, a mi juicio, supone la creación no de un derecho de arrendamiento simple y corriente, sino de un arrendamiento ad aedificandum y por consiguiente diferenciado del derecho de superficie, pues considero que se deduce de sus palabras que el fin edificatorio es algo complementario a la relación arrendaticia, donde lo que prima es el goce del objeto arrendado, y cuya propiedad cesa tras la finalización del arrendamiento.

Por otro lado, se ha creído ver otros supuestos de derecho de superficie en la Ley de 27 de julio de 1978, Ley de arrendamientos urbanos para uso no habitable. Así recoge Cupis,<sup>153</sup> y en relación con el comentario que realiza de la sentencia de 21 de Noviembre de 1980 del Pretor de Bassano del Grappa, aquellos contratos por los cuales el arrendador

---

<sup>152</sup> Palermo: La superficie. Trattato di diritto Privato. Rescigno. Propietà II. Utet. Torino. 1989. Pag. 6.

<sup>153</sup> Cupis: Locazione di immobile urbano e costituzione del diritto di superficie. Gius. Civ. Tomo I. Giuffrè. Milano. 1983. Pags. 132 y 133.



confiere al arrendatario la facultad de construir sobre un solar sin edificar.<sup>154</sup> A través de un contrato de arrendamiento cuyos fines deben ser industriales, comerciales, artesanales o incluso de interés turístico, se otorga una posibilidad de goce, actividad económica propia del arrendamiento, añadiéndose además la facultad de construir sobre un solar.

Cupis señala que si el propietario de un solar sin edificar, concede en uso a otro sujeto dicho inmueble con el fin esencial de construir, atribuyendo a este sujeto no sólo el derecho genérico de goce, sino específicamente el derecho de edificar, entonces la naturaleza del derecho atribuido hace que el mismo sea identificable con el derecho real de superficie. Puesto, que según dicho autor, se encuentra más allá de la mera naturaleza arrendaticia puesto que la edificación representa el elemento fundamental.

Considero que en este caso estamos ante un supuesto de arrendamiento ad aedificandum. Arrendamiento complejo en el que no se cede la propiedad de la construcción sino sólo el goce de la misma, y por consiguiente, no hay un derecho de superficie. A mi juicio, se confunde el ius aedificandi, comprendido en un contrato de arrendamiento, con el derecho real de superficie que origina una propiedad superficiaria.

Si resulta necesario precisar la distinción entre derecho de superficie y estos tipos de arrendamientos con carácter general, ésta se hace imperiosa al tratar la legislación francesa.

Como ya hemos expuesto en el ordenamiento francés el derecho de superficie no

---

<sup>154</sup> Legge n. 392 de 27 de julio de 1978. Disciplina delle locazioni di immobili urbani. Los arts. 27 y ss y los arts. 67 y ss se refieren a la "locazione di immobili urbani adibiti ad uso diverso da quello di abitazione."

El artículo 27, establece la duración del arrendamiento sobre el inmueble urbano con fines diversos a la habitación (tales como: 1º actividades industriales, comerciales y artesanales y 2º de interés turístico), que no podrá ser inferior a seis años en estos casos. El artículo 67 establece la prórroga de la duración de tales contratos.

viene regulado expresamente ni en el Código civil, ni en ninguna otra ley, tal y como se encuentra configurado en la legislación española, en la italiana y en la portuguesa.

Debido, tanto a la tradición histórica de la figura, como a la importancia urbanística de la misma, el legislador ha posibilitado la creación del derecho de superficie a través, principalmente, de dos figuras jurídicas: los distintos tipos de arrendamiento (*bail à construction*, *bail emphytéotique* y *baux commerciaux*), y la concesión inmobiliaria.<sup>155</sup>

La razón de ser de esta especialidad con respecto al resto de las legislaciones estudiadas, reside en que en el derecho francés el derecho de superficie tiene un carácter esencialmente personal que puede transformarse en real.<sup>156</sup> El derecho de superficie a través del arrendamiento surge cuando el propietario del terreno que lo cede en arrendamiento, otorga a su vez su derecho de propiedad separada sobre las construcciones ya existentes o renuncia a la accesión de las que se vayan a realizar. De esta manera, a través del arrendamiento con facultad para construir (*bail à construction*), el arrendador obliga al inquilino a la realización de la construcción, otorgándole la propiedad temporal de la construcción que realice.

A modo de conclusiones de lo que acabamos de exponer, en relación con la diferencia entre el derecho de superficie y los arrendamientos complejos, cabe señalar que la confusión de ambas figuras jurídicas, se origina por la constitución del derecho de

---

<sup>155</sup> Creada por Ley 67/ 1253 de 30 de diciembre de 1967. El art. 50-3º otorga en beneficio del concesionario el derecho de construir.

<sup>156</sup> Marty (*La dissociation juridique...* Cit. Pag. 158 y 159) distingue, por un lado, el derecho de superficie sobre el suelo, cuya naturaleza es real, y, por otro lado, un derecho de superficie sobre el volumen que será un derecho de goce o un derecho con facultad para construir, es decir, un derecho personal. Llega a la conclusión, que el derecho que el superficiario tiene sobre las construcciones que él va a edificar en el interior del "volumen" será un derecho real, pero no antes, pues no es posible construir un derecho real que recaiga sobre un volumen. De esta forma, bajo la cláusula "revolving" se prevé que el derecho personal se convierta en real, después, de que la construcción sea edificada.

superficie a través del contrato de arrendamiento.

En un primer momento, no hay una distinción clara entre el derecho de superficie en sí y el derecho de superficie que surge de un contrato de arrendamiento insertado en uno de sus pactos. Hay una equiparación entre el derecho de superficie que nace de una estipulación o cláusula del arrendamiento y la consideración de tal negocio como un contrato complejo, propiciado, además, por la existencia de otros tipos de arrendamientos complejos con algunas características análogas al derecho de superficie, como son el arrendamiento ad meliorandum y el arrendamiento ad aedificandum.

La distinción fundamental se encuentra en que en todo arrendamiento, ya sea simple o complejo, se otorga únicamente el goce específico, ya sea edificio para mejorar ya sea suelo para su posterior construcción.

En el derecho de superficie lo que hay es un derecho de propiedad separada y de contenido limitado a la superficie. Lo que no es posible que exista, a mi juicio, es un "arriendo superficiario" como señaló en un primer momento la STS de 3 de julio de 1941, que, en un intento por diferenciar ambas figuras análogas, introdujo un elemento más de confusión que hoy está claramente superado. Además ambos términos son contrapuestos pues, como ya hemos señalado, las relaciones arrendaticias no pueden ser jamás transmisoras de dominio.

Para deslindar ambas figuras hay que tener en cuenta la verdadera intención de las partes, es decir, si se otorga el goce sobre la construcción existente o la obligación de edificar, o de realizar mejoras, formando por consiguiente parte de la contraprestación de la obligación propia del arrendatario; o por el contrario, se otorga un derecho de propiedad temporal separada con reversión futura del objeto del contrato, debido a la revitalización de las reglas de la accesión.

Por otro lado, la obligación de edificar o de mejorar impuesta al arrendatario en un contrato de arrendamiento, además de ser una prestación que convierte al contrato en complejo por no ser una obligación típica del contrato de arrendamiento en sí, es algo complementario a la relación arrendaticia, donde lo que prima es el goce o disfrute del objeto arrendado, pero que en el arrendamiento complejo se convierte en una obligación principal. Mientras que en el derecho de superficie, por el contrario, lo que prevalece es el fin edificatorio, aunque también cabe su concesión sobre edificación preexistente.

En caso de existencia de una cláusula en la que se otorgue un derecho de propiedad en favor del arrendatario sobre la construcción, lo que nace es un derecho de superficie y no un arrendamiento como han denominado las partes, pues el fin principal del mismo es otorgar la propiedad temporal sobre la construcción. En realidad surge un derecho de superficie nacido a través de un contrato de arrendamiento (como también se hubiera podido llevar a cabo por venta, donación, legado...), pero no un arrendamiento complejo.

Por último debemos señalar que lo que venimos denominando, modalidad urbanística del derecho de superficie se le ha confundido, o al menos se le ha pretendido equiparar a las concesiones administrativas, todo ello tras la regulación del derecho de superficie por la Ley del Suelo, y en base a la posibilidad de constitución de dicho derecho real por la Administración.

El porqué de la asimilación se halla en que el legislador español,<sup>157</sup> concibió la

---

<sup>157</sup> A diferencia que lo que ocurre en otras legislaciones europeas. Y ello porque la figura se hallaba previamente reconocida y regulada en sus Códigos Civiles. Así por ejemplo, en los ordenamientos italiano y portugués, en sus normativas de carácter urbanístico (Programmi e coordinamenti dell'edilizia residenziale pubblica, la legge Tognoli, en Italia; y en Portugal la Lei dos Solos y la Lei Portuaria), no se entremezclan disposiciones acerca de los particulares.

Situación que, como veremos seguidamente, sí era confusa con carácter previo a

modalidad urbanística del derecho de superficie desde la única forma en que la Administración, desde su *ius imperium*, reconoce sus facultades y otorga sus derechos, asemejándola a una concesión administrativa.<sup>158</sup>

---

la regulación del derecho de superficie en el Codice Civile de 1942, pues existen una serie de figuras que eran consideradas por una parte de la doctrina como concesiones administrativas, mientras que otros sectores doctrinales las consideran derecho de superficie.

<sup>158</sup> También la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tratado ultimamente de deslindar algunos matices entre ambas figuras.

Así, la **STS de 4 de febrero de 1993** (Rep. Aran. 782), señala -en un supuesto que será estudiado con mayor detenimiento más adelante, pero que resulta interesante citar en este momento- que "la improcedencia del desahucio administrativo, es notoria al intentar resolver expeditivamente por la vía rápida y autoritaria del desahucio administrativo una cuestión compleja como es la derivada de la concesión de un derecho de superficie, sobre una parcela desafectada como bien propio..."

Igualmente afirma que no puede "hablarse de una concesión administrativa, junto a un derecho de superficie, en cuanto a la explotación del quiosco, pues aparte de que la concesión de servicios se da para bienes de servicios públicos no para los propios, su extinción o caducidad anticipada por el Ayuntamiento está sujeta a la correspondiente indemnización, y ello sin olvidar que si el Ayuntamiento demandado pudiese dar por extinguida o caducada la explotación de los servicios del quiosco unilateralmente... tal conducta equivaldría a dejar sin contenido el derecho de superficie concedido al actor, precisamente y con la única finalidad de que éste pudiera explotar el quiosco..."

En la **STS DE 28 de abril de 1992** (Rep. Aran. 4114), se recoge en su Fundamento de Derecho Tercero una afirmación realzada por "la representación procesal del Ayuntamiento de Sant Andreu de la Barca que expresa que el Ayuntamiento quería tener las riendas del ambicioso plan proyectado (un derecho de superficie para construcción de un mercado, plazas de aparcamiento, una sala polivalente y obras de urbanización) pero que se equivocaron"...

Dicho alegato señala que "nos equivocamos, y nos equivocamos por una razón, porque el Notario, en vez de poner la palabra concesión administrativa, lo que hace es poner la palabra derecho de superficie y de aquí han venido nuestros males".

El objeto de la presente sentencia se encuentra en que el Ayuntamiento declaró la caducidad de la concesión cuando en realidad lo que las partes habían pactado y así se recogía en la escritura pública era un derecho de superficie.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, y posteriormente el Tribunal Supremo declararon que la Administración había incurrido en desviación de poder, y ello por "haber utilizado -la Administración- disposiciones administrativas con finalidad diferente para las que fueron concebidas, usando de una facultad de la que evidentemente se carecía al declarar la caducidad de una adjudicación administrativa, constitutiva de un derecho real, subsistente y legítimo, por causas ajenas a las específicamente regladas..."

Pero vamos a estudiar cuales son las diferencias y analogías entre ambas figuras. Desde el punto de vista de la actividad económicamente transferida, el concepto de concesión se encuentra en el contrato en virtud del cual la Administración cede a un particular el derecho a la realización, sin más, de una obra pública, descargándose tanto del riesgo de su coste, como del riesgo de su rendimiento.<sup>159</sup> Lo que supone que se obtiene de los particulares la contraprestación económica que permite al concesionario cubrir sus inversiones en la obra y en los gastos de explotación.

En principio parece que es lo mismo que ocurre cuando la Administración constituye un derecho de superficie, pues ésta cede la realización de una obra de carácter público, y, lo que es más, sobre suelo también público. La diferencia se encuentra, y esto es precisamente lo más importante, en que en la institución objeto de nuestro estudio, la Administración más que ceder la realización de una obra pública, constituye un derecho real sobre un suelo público, derecho real que al materializarse constituirá un derecho de propiedad necesariamente temporal y separado del suelo.

Es totalmente distinta su configuración, pues la concesión es un contrato, cuya finalidad es gestionar un servicio, y, el derecho de superficie es un derecho real, cuyo modo de constitución puede ser, entre otros, un contrato.

Por otro lado, al igual que hemos visto en la concesión, en el derecho de superficie, la Administración se evita tanto el riesgo del coste como el de su rendimiento. Sin embargo, en el derecho de superficie, aunque en el fondo subyace esta idea, no es ésta

---

<sup>159</sup> López Pellicer y Sanchez Diaz: La concesión administrativa en la esfera local. Servicio, obras y dominio público. Instituto de estudios de la Administración Local. Madrid. 1976. Pag. 363 y 367. Y García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: Curso de Derecho Administrativo. T.I. 3ª ed. Civitas. 1982. En relación con la inscripción de las concesiones, vid la obra de Garcia Cantero (La finca como objeto de derecho real. RCDI. 1966. Pags 281 y ss).

precisamente su finalidad. Aunque aparentemente puede haber una identidad de propósitos en cuanto a ésta, pues a través de ambas figuras se persigue satisfacer, de la mejor manera posible, el interés público.

En cuanto al objeto, más que de coincidencias podemos hablar de alguna pequeña diferencia, pues en la concesión se intenta gestionar servicios públicos, y, en el derecho de superficie cuando el concedente es el Estado, su objeto consiste en alzar sobre suelo público una edificación o una instalación industrial; siempre que su destino sea la construcción de viviendas, o con un sentido más general, otros usos de interés social. Es decir, aunque en principio el objeto no es el mismo, puede coincidir en algunos aspectos.<sup>160</sup>

Otra nota diferenciadora, es que la concesión, además de colocar al concesionario en una situación contractual, lo hace también en una situación reglamentaria, como acto-condición. En el derecho de superficie, y en relación con el "ius imperium" de la Administración, se incluye dentro del contrato una serie de condiciones en las que se intenta reglamentar la realización del objeto del derecho.

Podemos decir que aparecen ciertas coincidencias en torno a la duración y la reversión del derecho de superficie, y de la concesión del contrato de gestión de servicios públicos. Así, la extinción normal de este contrato se produce por el cumplimiento del plazo previsto en el mismo,<sup>161</sup> al igual que ocurre en el derecho de superficie. Sin

---

<sup>160</sup> Así, se puede constituir un derecho de subedificación superficiario para la creación de un aparcamiento subterráneo, (ya sea para su edificación como su realización en una construcción subterránea ya existente). Hecho que, desde el punto de vista externo, puede coincidir con una concesión administrativa de servicio y gestión de aparcamiento subterráneo.

<sup>161</sup> Según el art. 78 de la LCE "el servicio revertirá a la Administración debiendo el empresario entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato, y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados".

embargo, los fundamentos son distintos, pues en la concesión lo que revierte es el servicio y su soporte físico,<sup>162</sup> mientras que en el derecho de superficie, cuyo objeto es la creación de una propiedad superficiaria separada, la finalidad del plazo y de la reversión de la propiedad de la construcción, se encuentra en la inexistencia del desmembramiento de los dominios.<sup>163</sup>

La naturaleza de la cláusula de reversión es indiscutiblemente económica.

Otro punto importante que sirve para delimitar las diferencias entre ambas figuras jurídicas, reside en el suelo sobre el que recaé. El legislador admite que el aprovechamiento de los bienes demaniales, (imprescriptibles, inalienables e inembargables), sujetos a régimen especial, sólo pueden tener lugar a través de una institución como es la concesión administrativa que garantice de forma plena el control de la actividad que sobre ellos se realice por la Administración. La cuestión es diferente en relación con los bienes públicos

---

<sup>162</sup> A juicio de García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (Curso de Derecho Administrativo... Cit. Pag. 641), en el fondo de esta construcción -sujeción a plazo y reversión necesaria a la Administración del Servicio y su soporte físico, transcurrido el plazo- late un viejo prejuicio histórico: el deseo de evitar una enajenación subrepticia de las funciones públicas cedidas a los particulares por el juego de la prescripción inmemorial.

<sup>163</sup> La coincidencia se encuentra en que dentro del esquema de la reversión el plazo se mueve en un límite de cien años -en realidad el tope mítico es de noventa y nueve años- que como señalan García de Enterría y Fernández (Curso de Derecho Administrativo... Cit. Pag. 641) "venía a jugar el papel de una cláusula política, garantizando la consolidación de la titularidad pública escindida, y, en cuanto tal, acostumbró a considerarse como de esencia a toda concesión".

Parece ser, que la reversión hoy aunque se mantiene pierde su antiguo carácter de esencial en la concesión, sin embargo se considera necesaria, pues no podrá tener carácter perpetuo ni indefinido, ni exceder de un plazo total, incluidas las posibles prórrogas de noventa y nueve años (y como señala García de Enterría de cincuenta años en el ámbito local Arts. 10º RCCL -Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales de 9 de enero de 1953 y 115,4º RSCL Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955). Plazos que recuerdan a los impuestos para el derecho de superficie, como veremos al tratar el tema de su duración (en la actual LS el límite máximo para el concedido por la Administración es el de 99 años, mientras que en la primera LS de 1956 era de 50 años).



de naturaleza patrimonial, entre los que se encuentra el patrimonio municipal del suelo, los cuales pueden explotarse directamente por la Administración titular o cederse a un tercero. Estos bienes en cuanto a su régimen de uso no se diferencia de los de pertenencia particular, y son objeto de derecho de superficie.<sup>164</sup>

En conclusión, tras el examen realizado podemos establecer que entre la concesión administrativa y el derecho de superficie constituido por la Administración, existen ciertas analogías pero sólo desde el plano exterior, en cuanto que suponen la concesión de una titularidad real, temporal y revertible, pues cuando se profundiza en ellas, su naturaleza, finalidad y sobre todo, el tipo de suelo sobre el que recaé, aparecen las diferencias.

Una vez analizada la situación y la diferenciación entre ambas figuras en nuestro ordenamiento jurídico, nos parece interesante profundizar en ciertas concesiones en el Derecho Italiano,<sup>165</sup> acerca de la naturaleza de las cuales la doctrina no es unánime, pero

---

<sup>164</sup> Arnaiz Eguren (Los aparcamientos subterráneos... Cit. Pag.44) señala refiriéndose al derecho de superficie, cómo "si lo pretendido es la constitución de derechos reales inmobiliarios, de duración temporal limitada, sobre fincas de pertenencia pública, y se parte de que a los de naturaleza patrimonial no les es aplicable la figura de la concesión, se hacía inevitable la búsqueda de una institución que cumpliera similares fines".

La Jurisprudencia también ha matizado la clase de bienes sobre la que recaé el derecho de superficie al distinguirlo de la concesión administrativa.

Así, la **STS de 28 de abril de 1992** (Rep. Ara. 4114) señala que "el suelo sobre el que se edificó era un bien propio del Ayuntamiento de Sant Andreu de la Barca, calificado comoterrenos de sistemas generales en el Plan General de Ordenación. Por ello dicha Corporación Local constituyó el derecho de superficie..."

También hace referencia al carácter de los bienes la **STS de 4 de febrero de 1993** (rep. Ara. 782), donde se afirma la constitución de un derecho de superficie (y no una concesión administrativa) "sobre una parcela desafectada como bien propio, lo que también va en contra del art. 120 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, que aunque permite el desahucio administrativo respecto a los bienes públicos comunales, lo excluye respecto de los bienes que tengan la conceptualización de patrimoniales, tal como ocurre en el caso de autos".

<sup>165</sup> Como hemos visto, en el Ordenamiento Italino también la Administración Pública admite con frecuencia, la concesión de terreno público a los particulares, para que sobre el mismo, se alcen construcciones de las cuales el concesionario tiene el derecho de goce y disposición como un verdadero propietario. En este caso se habla de concesión superfi-

que son equiparadas por la doctrina mayoritaria al derecho de superficie.

Por R.D. de 21 de diciembre de 1942 se aprueba el Reglamento de Policía mortuoria, el cual posibilita en su artículo 68, la concesión privada de una zona de terreno a título temporal o perpetuo para erigir una capilla o un sepulcro en el cementerio público.

Un sector de la doctrina,<sup>166</sup> alegó que tales concesiones tenían naturaleza pública y no podían consistir en un derecho de superficie, puesto que el titular no lo es de un derecho real, sino de un derecho de uso del area concedida.

Por el contrario, Balbi expresa que es un supuesto de propiedad superficiaria sobre

---

ciaria y de propiedad superficiaria.

El problema reside en determinar cuál es el contenido de una concesión administrativa y sus diferencias con el derecho de superficie.

Salis, (Superficie...Cit. Pags. 949 y 950), determina claramente lo que es una concesión administrativa, la cual atribuye al particular no un derecho real de construcción asimilable al derecho de superficie, sino únicamente un derecho de uso del terreno demanial, sobre el cual se alza la edificación. El concesionario tendrá un derecho de uso o un derecho de propiedad, según la Administración contenga o excluya la posibilidad de una renuncia al derecho de accesión. El derecho del concesionario a mantener su edificación sobre terreno público encuentra su justificación en la continuación de los efectos que prevé la concesión. La revocación de tales efectos por parte de la Administración, supone automáticamente la revocación del derecho del concesionario consiguiente a la conversión de la construcción en bien demanial.

Concluye señalando que en el ámbito del derecho público, es posible que exista una renuncia a la accesión, sin que por esto pueda deducirse la constitución sobre el terreno demanial de un derecho de superficie, y deba calificarse la concesión misma como superficiaria.

Pugliese (Superficie... Cit. Pags. 584 y 585), por otro lado, considera que el requisito jurídico de la cosa para poder ser objeto de un auténtico derecho de superficie se encuentra en la ausencia de su destino a uso público, que suponga su vuelta al patrimonio del Estado.

El bien demanial puede ser objeto de concesión de derechos privados de naturaleza real asimilable a la superficie y regulada por el art. 952 y ss del C.c. aunque estén sujetos en principio a la disciplina de las leyes especiales y subordinadas al interés público.

<sup>166</sup> Salis: La superficie. 2ª ed. Torino. 1958. Pags. 44 y sig.

Biondi (I Beni. Trattato di diritto civile italiano de Vassalli. Vol Quarto. T.I. Torino 1953. Pag. 165) señala que "el area del cementerio es un bien demanial y el citado art. 71 habla de un derecho de uso".

suelo publico permitido por una ley especial.<sup>167</sup> En el mismo sentido Pugliese,<sup>168</sup> entiende que es un derecho de superficie, porque en realidad el derecho que el concesionario adquiere sobre el suelo comunal está menos subordinado a los intereses públicos siendo más fácilmente identificable al derecho de superficie.<sup>169</sup>

Otra concesión es la realizada por autoridad eclesiástica a los fieles de tener banco en Iglesia de propiedad privada construido sobre el suelo de la misma. Salis,<sup>170</sup> pone de relieve que la Iglesia destinada al ejercicio público del culto católico es sujeto de un derecho de "servidumbre pública" cuyo ejercicio no puede conceder un derecho real de naturaleza privada a favor de determinados particulares en el interior del edificio.

Balbi,<sup>171</sup> Messineo,<sup>172</sup> y Pugliese<sup>173</sup> estiman que sí se trata de un derecho de superficie. Balbi fundamenta su argumento a favor de la propiedad superficiaria en que se

---

<sup>167</sup> Balbi (Il diritto di superficie...Cit. Pag. 105) afirma que dada la naturaleza pública del suelo, depende de la Administración conservar el destino del mismo como sede de cementerio, pero en general la concesión, y, por consiguiente, el derecho de superficie y la propiedad superficiaria del sepulcro, son revocables cuando los intereses públicos así lo requieran. Igualmente señala cómo para atenuar las consecuencias de la revocación de la concesión, se concederá al particular un derecho de superficie de contenido idéntico sobre el suelo destinado a nuevo cementerio. De manera que el particular corra con los gastos de transporte del sepulcro o de la creación de otro nuevo. Mientras que el Ayuntamiento tiene la obligación de procurar el transporte de los restos mortales (art. 76).

<sup>168</sup> Pugliese: Superficie...Cit. Pag. 583 y 584.

<sup>169</sup> Coviello con anterioridad a Balbi y Pugliese, ya sostuvo que se trataba de un supuesto de "derecho de propiedad de superficie" puesto que el sepulcro es una cosa inmueble que pertenece a otro que no tiene el derecho de propiedad sobre el suelo. Coviello: Della Trascrizione... Cit. Pag. 248, aunque en su manual al tratar de las concesiones de bienes demaniales trata del cementerio y del sepulcro (Manuale di diritto civile italiano. Parte Generale. Milano 1929 Pag. 303).

<sup>170</sup> Salis: La superficie... Pag. 71.

<sup>171</sup> Balbi: Il diritto di superficie. Cit. Pag. 105

<sup>172</sup> Messineo: Manuale di diritto civile e commerciale. Milano. 1947. Pag. 115.

<sup>173</sup> Pugliese: Superficie...Cit. Pag. 585.

trata de una construcción instalada en el suelo con carácter fijo. Tal derecho de superficie no puede sustraerse del edificio al culto público (art. 831),<sup>174</sup> ya que el objeto de aquél está subordinado al destino del edificio.

La Ley de 26 de junio de 1939 reconoce la propiedad del palco en teatro y prevé la inexistencia de una copropiedad sobre el suelo o de los elementos comunes del edificio teatral.<sup>175</sup>

Balbi<sup>176</sup> cree ver en el derecho de palco un derecho de superficie particularmente individualizado, ya que comporta el uso mínimo del goce del suelo, sobre el que se apoya el teatro.<sup>177</sup> Messineo<sup>178</sup> y Pugliese<sup>179</sup> sostienen también que es un supuesto de dere-

---

<sup>174</sup> El art. 831 del Codice civile, se refiere a los bienes de las entidades eclesiásticas y edificios de culto. "Los edificios destinados al ejercicio del culto católico, aunque pertenezcan a los particulares, no pueden sujetarse a otro destino, ni siquiera tras su enajenación..."

<sup>175</sup> Cass. 17 de marzo de 1955, (recogida por Palermo: Superficie, Giurisprudenza... Pag. 473 y por Quaranta y Preden: Superficie... Cit. Pag. 31) ha reconocido que "debe considerarse como un derecho personal de goce, que supone aprovecharse del palco para asistir a una representación teatral y no el derecho de gozar exclusivamente del palco, y según su naturaleza de transmitirlo a otros, tanto por acto inter vivos como mortis causa". Igualmente ha precisado acerca de la calificación del derecho de palco como de superficie, que "no puede configurarse un derecho de propiedad antes de la construcción por falta del objeto, y menos un derecho real relativo a un inmueble no construido todavía. Cuando la construcción se ha realizado, puede configurarse como una propiedad superficiaria, y la ley del numerus clausus, vigente en materia de derechos reales sobre cosa ajena, posibilita tal interpretación"

<sup>176</sup> Balbi (Il diritto di superficie... Cit. Pag. 101) señala que hay dos modalidades de este derecho relacionadas con los dos párrafos contenidos en el art. 952. Así, en relación con el primer párrafo, es posible la autorización de construir un palco en un teatro ya existente, mientras que en el segundo cabe la enajenación del palco ya existente.

<sup>177</sup> Balbi recoge algunos de los derechos y obligaciones que hacen que esta concesión sea un derecho de superficie:

- El titular puede gozar y disponer del palco de modo exclusivo, pero no puede realizar la construcción de manera que contraste con la arquitectura del teatro, en caso contrario debe contar con el consentimiento del propietario del teatro. (derecho de propiedad con limitaciones)

- En caso de reforma del teatro, está obligado a contribuir a los gastos de reforma

cho de superficie, y, con anterioridad a estos autores, fue sostenido por Coviello.<sup>180</sup>

En cuanto a la consideración de **otras concesiones administrativas** como derecho de superficie, Balbi, señala cómo la instalación de puestos en el suelo destinado a mercado público puede considerarse un derecho de superficie siempre que la unión con el suelo no sea meramente transitoria.<sup>181</sup> También afirma que las instalaciones ferroviarias y tranviarias pueden dar lugar a un derecho de superficie siempre que sobre suelo ajeno se construyan edificios o naves (estaciones, almacenes de depósito de materiales) y que se fije la vía sobre la que pasen los vehículos.<sup>182</sup>

---

del palco, para que las obras se realicen de manera uniforme y se ajusten a las condiciones estéticas generales del teatro.

-También está obligado al pago de los gastos que supongan la conservación del palco.

Concluye señalando como nota decisiva el hecho de que el "palchista" tenga uso de su palco y que el mismo se encuentra subordinado a la voluntad del propietario del teatro, al igual que aquél debe siempre encontrarse de acuerdo con el destino del edificio del teatro.

Continúa señalando cómo según la ley de 1939, el derecho de propiedad sobre el palco no comprende una cuota de copropiedad del edificio (teatro) ni del suelo, únicamente la propiedad del palco consiste en una propiedad única.

Se trata pues de un derecho de superficie porque su uso supone el goce del suelo, aunque minimamente, en cuanto que el palco, a través del teatro, se apoya en el suelo.

<sup>178</sup> Messineo: Manuale de diritto civile... Cit. Pag. 115.

<sup>179</sup> Pugliese: Superficie. Cit... Pag. 585

<sup>180</sup> Coviello (Della Trascrizione...Cit. Pag. 250), entiende que "la única opinión aceptable es que el derecho de palco constituya un derecho de propiedad: propiedad que, al recaer sobre una parte de un edificio sin extenderse a los elementos inferiores ni al suelo, es una verdadera propiedad de superficie..."

<sup>181</sup> Balbi (Il diritto di superficie... Cit. Pag. 103), señala que cumple todos los requisitos para ser un derecho de superficie: El límite del derecho de goce está en función al destino del suelo como mercado, es un derecho revocable y transmisible.

<sup>182</sup> Balbi afirma que si es un particular o un ente público los que adquieren el derecho de construir la línea ferroviaria y sus accesorios sobre suelo ajeno, pero no de carácter público, estaríamos ante un supuesto común de derecho de superficie.

La cuestión se complica al estudiar el supuesto del tranvía, ya que puede ocurrir que junto con el ejercicio del derecho de superficie se prevea el ejercicio de otros derechos

Messineo también recoge otros supuestos de derecho de superficie.<sup>183</sup>

Actualmente el tema de la diferenciación resurge, al ser considerados los "establecimientos balnearios" como derecho de superficie de uso generalizado "por las playas de la costa marítima italiana que forma parte del Patrimonio Nacional del Estado".<sup>184</sup>

La Administración concede una porción de Patrimonio Marítimo, con el fin de otorgar el derecho de hacer y mantener un balneario levantado sobre la playa. Evidentemente se diferencia del derecho de superficie privado, por la naturaleza pública de la administración marítima.

La cuestión a tratar es su verdadera configuración, si estamos ante una concesión administrativa o ante un verdadero derecho de superficie.

Quaranta y Preden,<sup>185</sup> señalan con carácter general que la construcción de edificios sobre bienes demaniales (establecimientos balnearios, quioscos, instalaciones de

---

sobre el mismo suelo.

Hay que hacer constar como el tranvía recorre la vía pública y no tiene sede propia, aunque sólo el superficiario puede erigir la construcción y gozar de ella como propietario. Se puede pensar en la existencia de más derechos de superficie sobre la misma vía pública pero teniendo objeto diverso (ejercicio de línea diferente).

El hecho de que el suelo es la vía pública no faculta a cada persona a servirse de la línea recorriéndola, porque el derecho de superficie impide que la línea se convierta en pública como el suelo. Aunque esto no suponga que el superficiario pueda permitir a otra persona, dentro de los límites de su derecho de propiedad, el uso y disfrute de las instalaciones de la que es propietario, transfiriendo en todo o en parte su derecho o constituyendo una relación obligatoria. Balbi: *Il diritto di superficie*. Cit... Pag. 104.

<sup>183</sup> Tales son:

- El derecho del viaducto.
- El de los pabellones en el recinto de exposiciones.
- El de la antena o cabina de transformación o de maniobra para la electricidad.
- De los cables del funicular aéreo... etc. Messineo: *Manuale di diritto civile*... Cit.

Pag. 115.

<sup>184</sup> Cupis: *La proprietà superficiaria degli stabilimenti balneari*. Riv. Dir. Civ. Padova. 1988. Pags. 349 y ss.

<sup>185</sup> Quaranta, Preden: *Superficie*... Cit. Pags. 22 y ss.

distribución de carburante, estaciones de servicios para automoviles...) son considerados por la doctrina como propiedad superficiaria sobre dichas construcciones, pero negándose, a su vez, que sobre el suelo demanial se instaure un derecho real análogo a la superficie, calificando tal situación como derecho subjetivo público en cuanto que nace de una relación caracterizada por la supremacía de la Administración. Igualmente señalan cómo la Jurisprudencia mantiene que es la concesión de un uso excepcional del bien que hace surgir, en el plano privado, un derecho real asimilable al derecho de superficie. Concesión que aunque puede entrar en la categoría de derechos sobre cosa ajena, en relación con la Administración tiene la naturaleza de un derecho condicionado (al interés público), mientras que en relación con los terceros se comporta como un derecho subjetivo perfecto.

Salis,<sup>186</sup> señala que habrá que estudiar cada caso concreto, "pues en el ámbito del Derecho público, es posible que una renuncia a la accesión sea incluida en una concesión administrativa, sin que por esto deba deducirse la constitución sobre terreno demanial de un derecho de superficie y deba impropriamente calificarse la concesión misma, como superficiaria".

Considero que, en principio, podría pensarse que estamos ante un verdadero derecho de superficie. Y ello porque es la propia Administración la que se despoja de su facultad de construir, inherente a todo propietario de un inmueble, renunciando a las reglas de la accesión a través del derecho de superficie, otorgando tal derecho a los particulares y posibilitándoles, en consecuencia, el ser propietarios de la construcción resultante. De esta manera, el derecho del concesionario sobre su construcción consiste en un poder inmediato y directo, (facultad de goce, de disposición, obligaciones inherentes a todo propietario, limitaciones impuestas por la administración...) de naturaleza absoluta (frente

---

<sup>186</sup> Salis: Superficie (diritto vigente)... Cit. Pag. 949.

a todos, carácter propio de un derecho real) aunque temporal. Propiedad que tiene todas las características de la propiedad privada, con la especialidad "del carácter temporal de la misma", de forma que, cuando cesa la concesión, resurgen las reglas de la accesión y, como consecuencia de ello, la construcción es adquirida por el Estado.

La diferencia entre ambas figuras se encuentra, a mi juicio, en si lo que se quiere conseguir es la creación de una propiedad separada a través del derecho de superficie, o simplemente la gestión de un servicio público con base en una concesión administrativa.

Cupis<sup>187</sup> señala que en el establecimiento de este derecho se integran algunos aspectos publicistas, inherentes a su origen jurídico, como son las relaciones entre la Administración concedente y la naturaleza demanial del derecho. Pero concluye, que el mismo derecho, consistente en la facultad de goce y disfrute, comprensivo del poder privado de disposición jurídica, es una propiedad privada con facultad erga omnes.

En realidad, creo que estamos ante una situación en cierta medida análoga a la constituida por nuestra Ley del Suelo: es la propia Administración por medio de las Corporaciones Locales u otros Entes de carácter público, la que otorga la constitución del derecho de superficie a través de la concesión de suelo público. Lo que ocurre es que en nuestro ordenamiento al no haber sido regulada la institución objeto de estudio por el Código Civil, y sí por la Ley urbanística, a diferencia del ordenamiento italiano, no han surgido tantos problemas en torno a la configuración de este derecho de superficie, en su modalidad urbanística, que otorga en principio la facultad de construir en suelo de la Administración, para posteriormente obtener un derecho de propiedad temporal de la edificación, resultando, en definitiva, más difícil de entender la naturaleza de esta institu-

---

<sup>187</sup> Cupis: La proprietà superficiaria degli stabilimenti balneari. Riv. Dir. Civ. Padova. 1988. Pags. 349 y ss.



ción, pero diferenciándose nitidamente de una concesión administrativa.

En relación con las primeras figuras italianas a las que hemos hecho referencia, considero que la confusión existente con las concesiones administrativas, se encuentra en que sus respectivas leyes, al menos en el caso del derecho al suelo del cementerio y en el derecho del palco, hablan de una propiedad separada, y se ha querido reconducir al derecho de superficie, por la importancia que el sistema italiano y la doctrina otorgan a la propiedad superficiaria separada sobre el derecho real de superficie que la origina. Además hay que tener en cuenta que ambas normativas nacen o con anterioridad al Codice Civile de 1942, o nada más publicarse el mismo.

A mi juicio, es muy difícil considerar que estemos ante un verdadero derecho de superficie, en el caso del derecho al suelo del cementerio, donde la Administración, primero, está regulando un servicio público más que un derecho real de superficie, y además éste recaé sobre suelo demanial, utilizado generalmente para concesiones administrativas y no sobre suelo patrimonio del Estado, objeto de derechos reales como específicamente señalan las leyes urbanísticas italianas que recogen la utilización del derecho de superficie (Ley para la construcción de viviendas populares, y la ley Tognoli).

En cuanto al derecho de tener palco en teatro y banco en Iglesia, todos los autores recogidos señalan la existencia de un derecho de propiedad separada, sobre el banco y el palco, distinto del suelo sobre el que se construye, y, siempre subordinado al destino de su edificio. El criterio de distinción se encuentra en primer lugar en el uso privado que se hace de tales bienes. También en la figura del concedente, (que en el primer caso es la Iglesia). Y por último no debemos olvidar como en las normas de su legislación especial (por ejemplo, en la ley de 1939 se reconoce el derecho de edificación y mantenimiento de un palco en teatro ajeno) existe una derogación de las reglas de la accesión, porque el

dueño del teatro se desprende de su ius aedificandi y posibilita su construcción pudiendo considerarse como derecho de superficie.

Por último, y una vez concluido el estudio de la diferenciación de figuras afines, considero necesario aludir, aunque sea muy brevemente, a la existencia de dos instituciones jurídicas, introducidas por primera vez en nuestro ordenamiento, en el apartado 2 del artículo 16 de la Reforma del Reglamento Hipotecario de 1959, como son dos derechos de sobreedificación y subedificación. Y ello no sólo por su proximidad con el derecho de superficie, sino también por la posible constitución de los derechos de sobreedificación y subedificación de carácter superficiario.

Los sobreedificación<sup>188</sup> y subedificación<sup>189</sup> "posibilitan la construcción de una o más plantas en un edificio ya construido o por construir dando lugar al derecho de tener una edificación en propiedad separada horizontalmente".<sup>190</sup> Sin olvidar la regulación existente en el Derecho Foral de Navarra en relación con estas figuras.<sup>191</sup>

---

<sup>188</sup> Para un estudio del tema en relación con el espacio y su construcción, vid: Savatier La propiedad del espacio. RDU. 1967. Pags 17 y ss, Villacañas González: La propiedad en sentido vertical RCDI. 1953. Pags 483 y ss; Martín Retortillo, Cirilo: Derecho a construir nuevas viviendas sobre la existente ADC. 1956. Pags 1269 y Pérez Cánovas: Problemas actuales en torno a la delimitación vertical de la propiedad sobre inmuebles por naturaleza. RCDI. 1988. Pag. 735 y ss.

<sup>189</sup> Para un estudio del tema en relación con el subsuelo: López Fernández: El Subsuelo urbano en relación con el planeamiento urbanístico y con los artículos 348 y 350 del Código Civil. A.D.C. Oct-Dic. 1991. Pag 1633, y Guimerá Peraza: El derecho de subsuelo y las aguas subterráneas. ADC. 1968. Pag. 159 y ss.

<sup>190</sup> Roca Sastre: Ensayo sobre el derecho de superficie... Cit. Pag. 36.

<sup>191</sup> Para un estudio de estos derechos en el ámbito foral vamos a seguir el estudio realizado por: García-Granero Fernández: Derechos de sobreedificación y Subedificación, en Conferencias sobre Derecho Foral. Seminario de Derecho Foral. Curso 1975-1976. Facultad de Derecho de San Sebastian. Universidad de Bilbao. 1978. Pags. 119 y ss.

La importancia que para nuestro estudio tienen estos derechos, es que pueden ser de tipo superficiario o no,<sup>192</sup> siendo diferente la naturaleza jurídica de cada uno según el carácter asignado,<sup>193</sup> interesándonos únicamente la primera modalidad indicada (por ello realizamos su análisis en este momento, para distinguirlo de los derechos de sobreedificación y subedificación no superficiarios).

Los derechos de sobreedificación y subedificación de carácter superficiario tienen lugar, "cuando el dueño de la edificación"<sup>194</sup> cede a otra persona el derecho a

---

<sup>192</sup> Hay autores que únicamente piensan en la existencia de derechos de sobreedificación o subedificación no superficiaria, pues afirman que mediante el uso de tales derechos se produce una situación de derecho de propiedad, no de propiedad separada como en el derecho de superficie, sino de propiedad horizontal. Así, Nuñez Ruiz (Dictamen sobre el Derecho de Superficie...Cit. Pag. 123 y ss), Lucas Fernández (La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración de aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir. RDN. 1967. Pag. 319 y ss), Campos Porrata (El renacido...Cit. Pag. 255 y ss), Espín Cánovas (Manual de Derecho Civil Español. Derechos reales. Vol II. 3ª ed. EDSA. Madrid. 1981. Pag. 406 y ss); y Puig Brutau (Fundamentos de derecho civil. T. III. Vol. II. 3ª ed. Bosch. Barcelona. 1979. Pag. 173 y ss) coinciden en afirmar que el edificante se hace dueño en propiedad plena de la nueva planta.

<sup>193</sup> Amorós Guardiola: Comentario a la Resolución... Cit. Pag. 201. Nota a pie de página nº 2. Escrivá de Romani: Lo Imperativo... Cit. Pag. 1249.

<sup>194</sup> Hasta ahora se mantenía por la doctrina (Muñoz de Dios: Aportación de solar y construcción en Comunidad. Espasa Universidad. Madrid. 1987. Pag. 65) que para el nacimiento de estos derechos, el edificio podía estar **construido, comenzado o meramente proyectado** su construcción.

Hoy tenemos que tener en cuenta el art. 37 del actual Texto Refundido de la Ley sobre el régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 26 de junio de 1992. Dicho artículo dispone que "Los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar o inscribir, respectivamente, escrituras de declaración de obra nueva terminada, que se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia de edificación y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto aprobado...." (Norma que fue introducida por el precepto 25 de la Ley 8/90 de 25 de julio sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo).

En relación con el edificio **meramente proyectado**, hay que señalar que con anterioridad a esta normativa, los autores se escindían en dos grupos en cuanto a la posibilidad o no de su existencia. Así los defensores de la tesis negativa, Fernández Martín-Granizo (La ley de propiedad Horizontal en el derecho español... Cit. Pag. 265), argumentaban que siendo la propiedad horizontal un derecho real se requería la existencia de un objeto para que surgiera la inmediatez entre el mismo y su titular. Postura en

levantar nuevas construcciones sobre el vuelo o efectuarlas bajo el subsuelo de un edificio de su propiedad, o bien, el propietario se reserva uno de ambos derechos en caso de enajenación de la construcción. Al igual que en el derecho de superficie, corresponderá lo que se edifique al constructor, temporal o indefinidamente, en todo o en parte y bien a título lucrativo u oneroso, mediante una contraprestación consistente en una suma alzada o en un canon periódico, o en la reversión gratuita al dueño del edificio-base llegado el término convenido de la propiedad de lo edificado en todo o en parte, o en varias de esas

---

parte criticable, pues el mismo derecho de superficie es un derecho real y debido a sus notas especiales, sigue siendo así considerado aún su inmaterialidad.

Por otra parte, Soto Bisquert (El derecho de vuelo. R.C.D.I. 1971. Pag. 934) y Domenge Amer (El derecho de sobreedificación y subedificación... Cit. Pag. 171), mantenían la posibilidad de que en el edificio meramente proyectado pudieran surgir estos derechos, al estar claramente determinado y especificado, siempre que el proyecto estuviera perfectamente definido.

También pueden establecerse sobre edificios **en construcción**. Soto Bisquert (El derecho de vuelo... Cit. Pag. 934), Fernández Martín-Granizo (La ley de propiedad horizontal en el derecho español... Cit. Pag. 260) y Domenge Amer (El derecho de sobreedificación y subedificación... Cit. Pag. 172) sostienen la viabilidad de constituir el régimen de propiedad horizontal en un edificio en construcción, siempre que éste se hubiese otorgado en el título constitutivo. Aunque podría argumentarse que esta situación es bastante difícil, ya que la relación jurídica de propiedad horizontal supedita su eficacia a que el edificio exista, y que a su vez pertenezcan sus pisos y locales a diferentes personas. Nosotros somos partidarios de su existencia pues la división horizontal puede realizarse con carácter previo a la venta de los distintos pisos y locales, por el promotor. De esta forma, a la vez que se concede el derecho de superficie y con el comienzo de las obras, se puede realizar acto seguido la división de la propiedad horizontal.

Hay que señalar que el art. 37 de la L.S. dispone que "...para las escrituras de declaración de obra nueva en construcción deberá acompañarse a la licencia de edificación la certificación del técnico competente de que se ajusta al proyecto"... Situación análoga a la de los edificios meramente proyectados. Vid: Hernández de Marco y Fernández Verdugo (El artículo 37.2 del R.D Legislativo 1/1992, de 26 de junio, Texto Refundido de la Ley sobre el régimen del Suelo y Ordenación urbana: La declaración de obra nueva y el Registro de la propiedad. ADC. 1993. Pag. 1401 y ss)

La admisión del derecho de sobreedificación sobre el **edificio construido** no parece que plantee ningún problema. Únicamente señalar que si se trata de un inmueble en propiedad ordinaria, el ejercicio de estos derechos obligaría a someter todo el edificio resultante al régimen de propiedad horizontal, tal y como del art. 16-2 R.H. se deduce. Si con anterioridad a la ejecución de los derechos estudiados, el edificio se encuentra sometido a ese régimen, las plantas resultantes se incluirán en el mismo, pero con algunas notas especiales por el propio carácter superficiario de las propiedades.

modalidades a la vez, debiendo realizarse la edificación en el plazo y modo convenido, cuya infracción determina la extinción del derecho".<sup>195</sup>

En definitiva, estaremos ante una modalidad superficiaria tanto cuando tales derechos pertenezcan al primitivo propietario, por habérselo reservado expresa y exclusivamente, como cuando correspondan a un tercero, por haberlo enajenado a éste los distintos propietarios del edificio-base, quienes pasado el plazo pactado, adquirirán las nuevas plantas.<sup>196</sup> Al igual que ocurre en el derecho de superficie, estos derechos conllevan la facultad, no señalada por el ordenamiento, de tener y de mantener las nuevas plantas.<sup>197</sup>

---

<sup>195</sup> Ventura Traveset y González: Derecho de Edificación sobre finca ajena... Cit. Pag. 43.

<sup>196</sup> Otro de los requisitos de este tipo de derechos es el volumen de edificabilidad. Teniendo en cuenta que es el Plan de Ordenación Territorial el que establece el volumen de edificabilidad, a la hora de la constitución de estos derechos habrá que estar a lo pactado por las partes en el título constitutivo de los mismos, que deberá a su vez someterse a aquél. En este supuesto las dudas que surgen se centran en si es posible que el promotor o el dueño del suelo se reserve ya sea para sí o para disponer de él en un futuro, tanto el derecho de sobreedificación como el de subedificación. Evidentemente si es posible siempre que no se haya construido ya hasta la altura máxima permitida. Y, una vez ejercitado este derecho de sobreedificación ¿qué ocurre con el espacio aéreo?, ¿se le considera común?. Entiendo que sí, es común tanto para los propietarios de la construcción, como para los superficiarios de las plantas sobreedificadas o subedificadas. El porqué reside en que los propietarios superficiarios suelen ser propietarios temporales, por lo que al igual que el resto de copropietarios tendrán una participación o cuota de los elementos comunes, lo que significa que también el espacio aéreo es común aunque dentro de su límite temporal fijado. Lo único que diferencia a los copropietarios superficiarios de los demás copropietarios, desde el punto de vista de su propiedad sobre los elementos comunes, es que aquéllos no serán copropietarios como el resto, de cuota indivisa alguna sobre el suelo, porque precisamente su derecho consiste en edificar sobre fundo ajeno. Sobre este tema vid: Martín Blanco (El tráfico de bienes inmuebles en la Ley del Suelo. Madrid. 1964), Torres Lana (Las características del volumen de edificabilidad...Pag 878 y ss y La configuración jurídica del volumen de edificabilidad. Pamplona 1975.)

<sup>197</sup> Roca Sastre: Ensayo sobre... Cit. Pag. 36

La opinión de la doctrina que ha estudiado este tema (De la Cámara, Garrido Cerdá y Soto Bisquert: Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la Propiedad Urbana. R.D.N. 1969. Pags. 200 y ss, Font Boix: El derecho de vuelo... Cit.

En la constitución de estos derechos de modalidad superficiaria existe una apariencia de derecho real en cosa ajena. Sin embargo, su auténtico contenido es el de un derecho de propiedad temporal o indefinido, por el tiempo que se haya constituido, pues una vez transcurrido el plazo revertirán las nuevas plantas a favor del propietario cedente del derecho. Se incluye dentro del grupo de derechos reales de concurrencia de titularidades.<sup>198</sup> La finalidad de estos derechos es la propiedad del espacio, aereo<sup>199</sup> o del subsuelo,<sup>200</sup>

---

Pag. 11 y ss, Garrido de Palma: ¿Superficie solo cedit?...Cit. Pag. 163 y ss, Lacruz Berdejo y otros: Elementos... Cit. Pag. 272 y ss, Montes Penadés: La propiedad horizontal como colectividad organizada. R.D.N. Jul-Sep 1972. Pags. 879 y ss, Puig Brutau: Fundamentos... Cit. Pags 173 y ss y Carrasco Perera: "Ius aedificandi" y accesión... Cit. Pag. 400), es que son derechos reales sobre todo el edificio, que comportan la facultad de construir y de hacer suyo lo construido y a su vez la exigencia de constitución en régimen de Propiedad Horizontal, ya que las plantas adquirirán una participación indivisa en los elementos comunes de la propia finca global. Pero no hay que olvidar que estos autores sólo hacen referencia a estos derechos pero no en la modalidad superficiaria.

En la modalidad superficiaria se entiende que los derechos consisten en construir y mantener las nuevas plantas, que evidentemente se constituirán en régimen de Propiedad Horizontal, pero no se obtendrán las participaciones en los elementos comunes, pues no olvidemos que los titulares de estos derechos sólo tienen el derecho de propiedad superficiaria sobre las nuevas plantas.

<sup>198</sup> Camy Sanchez-Cañete: Comentarios a la legislación hipotecaria. Tomo IV. Pamplona. 1971. Pag 122 y ss.

<sup>199</sup> En principio, la nota que determina la existencia de dichos derechos es que se constituyan sobre edificios, sin que sea necesario que éstos estén encuadrados dentro de fincas urbanas, aunque es probable que tales construcciones puedan recaer sobre edificios situados en suelo rústico. Tales supuestos pueden parecer más bien de laboratorio, como por ejemplo el otorgar un derecho de sobreedificación sobre una bodega, o un silo... Tesis defendida por Domenge Amer (Los derechos de sobreedificación y subedificación... Cit. Pag. 170), aunque referido a estos derechos pero sin carácter superficiario. Señala que no puede aceptarse la constitución del derecho de sobreedificación sin la existencia de un inmueble, según se desprende tanto de la interpretación literal del art. 16-2º, como de que la esencia de estos derechos es desembocar en una Propiedad Horizontal.

<sup>200</sup> El problema surge a la hora de determinar si es posible el nacimiento de un derecho de subedificación superficiaria sin que exista una edificación.

Si siguiéramos una interpretación literal del art. 16-2 del R.H. llegaríamos a la conclusión de que no es posible la constitución del derecho de subedificación sin edificio-base. No obstante, creemos que si es posible pues pensemos en los supuestos como galerías, centros comerciales o aparcamientos subterráneos construidos en el subsuelo, exis-

de una finca con construcción existente y su fundamento es responder a la necesidad económica de dar consistencia jurídica a la negociabilidad del espacio de los bienes inmue-

---

tiendo en su superficie, por ejemplo, una zona verde y no una construcción donde sería de gran utilidad la constitución de tal figura.

Analizemos la situación en Derecho Comparado.

El Codice Civile italiano posibilita su existencia. Así el art. 955 del Codice Civile señala que "la disposición precedente se aplica en el caso de que se conceda el derecho de hacer y de mantener construcciones en el subsuelo ajeno". (Ejemplo actual de este derecho de superficie constituido en el subsuelo se recoge en la Legge Tognoli, pues en su art. 9-4 establece la cesión del derecho de superficie a particulares o a sociedades cooperativas constituidas entre ellos para la realización de aparcamientos realizados en el subsuelo de áreas municipales). Aunque la norma sólo se refiere al derecho de hacer y mantener la construcción en el subsuelo y esa es la postura dominante en la doctrina, (Pugliese: Superficie... Cit. Pags. 623 y ss; Quaranta y Preden: Superficie... Cit. Pag 65 y ss; Cendon: Superficie... Cit. Pag. 273) también tiene lugar el derecho de subedificación superficiaria por enajenación de una construcción subterránea preexistente realizada por el propietario. Sin embargo, se excluye expresamente que el subsuelo pueda ser objeto de un derecho autónomo de propiedad separada del suelo. No es posible que el propietario del suelo pueda transferir la propiedad del subsuelo sin que haya una construcción en el suelo. (Ver art. 9-5 de la Legge Tognoli).

La posibilidad de una propiedad separada del suelo y del subsuelo, según Quaranta y Preden (Superficie... Cit. Pag. 66) puede derivar únicamente de la legislación especial (legislación minera, relativa a las aguas, a los intereses arqueológicos, artísticos...), que atribuye al Estado la cosa singular existente en el subsuelo, sustrayéndoselo al dominus soli. Lo que significa que la constitución del derecho de superficie sólo resulta admisible cuando el propietario del suelo no esté limitado por estas leyes especiales. Por otro lado, la construcción en el subsuelo no está subordinada a la concesión del propietario, cuando la actividad de construir se desarrolle a una profundidad tal, que al dominus soli no tenga interés en su concesión. (El ejemplo propuesto por Pugliese (Superficie... Cit. Pag. 625) consiste en el propietario de un fundo situado al pie de una montaña o de una colina puede libremente escavar una gruta o galería, sin que necesite la autorización del propietario del fundo situado en la cumbre).

El ordenamiento portugués excluye expresamente la posibilidad de la subedificación en el art. 1525-2 del Código Civil donde se señala que "el derecho de superficie no podrá tener por objeto la construcción de una obra en el subsuelo, a menos que la misma sea inherente a la obra superficiaria".

En el ordenamiento francés no se señala nada acerca de la posible existencia de un derecho de subedificación superficiaria. Pero Marty (La dissociation juridique del'immueble... Cit. Pag 248) recoge la Sentencia de 2 de octubre de 1968, donde se establecía la concesión de un arrendamiento enfiteúutico, para la constitución a través del derecho de superficie de un edificio, a una sociedad, y también la concesión de arrendamiento enfiteúutico a la misma para la realización de un aparcamiento en el subsuelo del inmueble resultante, a través de la figura que nosotros hemos llamado derecho de subedificación.

bles.<sup>201</sup> Su viabilidad surge cuando el derecho aparece estructurado en un régimen de propiedad horizontal, ya sea éste potencial o al menos se establezcan unas bases previas para su configuración futura.

En palabras de algunos autores,<sup>202</sup> "no es que sean derechos reales que afecten, graven o limiten la propiedad, sino que recaén en una parte potencial no materializada que ostenta un contenido económico en relación con su facultad expansiva". Tales derechos están integrados dentro de la propiedad y vinculados a la misma con un coeficiente proporcional a la titularidad, conteniendo una participación comunitaria de la finca.

Ultimamente, los autores que han estudiado en profundidad estos derechos, Domenge Amer<sup>203</sup> y Ruano Borrella,<sup>204</sup> mantienen la posibilidad de existencia del derecho de sobreedificación y subedificación de carácter superficiario. Coinciden en que son derechos limitados con naturaleza jurídica propia y cuyo ejercicio supone la integración de su titular en el régimen de propiedad horizontal del edificio en que tal derecho se hallare constituido produciéndose una propiedad separada de las distintas edificaciones realizadas en ejercicio de tal derecho. Lo que supone no adquirir participación alguna en el solar del

---

<sup>201</sup> Soto Bisquert: El derecho de vuelo... Cit. Pags. 924 y ss.

<sup>202</sup> Sanahuja Tomás: En torno al vuelo de las fincas urbanas. Trabajos y Notas de colaboración del Boletín del Colegio Nacional de Registradores. 1966-1985. Tomo I. Pags. 432 y ss

<sup>203</sup> Domenge Amer (El derecho de sobreedificación y subedificación. Cit. Pag. 158 y ss), estudia dentro de la figura del concedente, la posibilidad de creación de estos derechos de sobreedificación y subedificación sobre o debajo de un edificio construido en virtud de un derecho de superficie.

<sup>204</sup> Ruano Borrella: Esquema de la regulación del derecho de superficie en el ordenamiento jurídico español. El derecho de sobreelevación y profundización. Aspectos sustantivos y registrales. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pag. 718 y ss



edificio y normalmente con reversión de lo edificado al dueño del suelo.

Tras la exposición inicial donde hicimos referencia a la falta de unanimidad de la doctrina en torno a la configuración jurídica de la figura, y después de exponer y analizar que la institución objeto de estudio no puede ser considerada análoga a ninguna de las figuras que han sido examinadas, es necesario señalar, a modo de recapitulación, cómo la doctrina mayoritaria considera que el derecho de superficie es **un derecho real de carácter autónomo y sustantivo que otorga una propiedad superficiaria separada del suelo.**

### **3.- Estudio de la posición de nuestra Jurisprudencia**

Tras unas primeras sentencias, que vamos a comentar, (cuyo objeto no es el derecho de superficie, sino que se refieren a figuras de naturaleza análoga enmarcadas en el ámbito rústico, siendo su finalidad en el presente estudio constatar la flexibilización del principio de accesión), el verdadero trabajo jurisprudencial objeto de nuestro análisis, se centra en el derecho de superficie y su configuración, diferenciándolo de otras figuras afines en relación a los problemas que tras producirse en la práctica se someten a su resolución.

Las más antiguas sentencias objeto de nuestro estudio se refieren a la coexistencia de diversos aprovechamientos sobre un mismo predio. Así, las **STS de 9 de marzo de 1893,**<sup>205</sup> **de 9 de julio de 1903,**<sup>206</sup> **de 6 de julio de 1920,**<sup>207</sup> y **de 21 de febrero**

---

<sup>205</sup> **STS 9 de marzo de 1893.** J.C. T. 73. 1893. Pag 445 y ss. En su Primer Considerando se refiere en concreto "al retracto legal, cuyo objeto es refundir en una sola persona el dominio pleno de una finca... por cuya razón el Código Civil concede la facultad de retraer, no sólo cuando existe verdadera comunidad en un predio, sino en el censo enfiteútico, en los foros, en la cesión del suelo para la plantación de viñas por el tiempo que vivieren las primeras cepas, y en los **contratos de naturaleza análoga a la enfiteusis**, sin que obsten al ejercicio de aquella facultad la separación e independencia que

de 1920,<sup>208</sup> tratan de deslindar no las relaciones entre los distintos derechos y disfrutes del mismo predio, a efectos del retracto, sino que señalan su consideración como condueños o copropietarios de una cosa común.<sup>209</sup>

---

hay entre los derechos que comprenden al dominio directo y los inherentes al dominio util..."

<sup>206</sup> **STS 9 de julio de 1903.** J.C. T. 96. 1903. Pags. 140 y ss. Señala que, los distintos disfrutes con relación a una finca rural, por una persona, de hierbas, pastos y agostaderos, y por otras de siembras en determinados sitios, si no constituye una comunidad, en el sentido del art. 392 del Código Civil, engendran una relación análoga entre los legítimos explotadores de la heredad, que autoriza para reputarlos, a los efectos del retracto, dados los fines económicos de esta Institución, como condueños o propietarios de una cosa común, según ya lo tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de marzo de 1893."

<sup>207</sup> **STS 6 de julio de 1920.** J.C. T.151. 1920. Pag 93 y ss. La cuestión se centra en la existencia de distintos disfrutes sobre un mismo predio: "Dado que se trata de predios únicos singulares, donde el aprovechamiento de hierbas y pastos en el año y en la parte no sembrada corresponde a la demandada y pertenece al actor tan sólo el derecho de labor, es incontrovertible reputar a la una y al otro como copropietarios de cosa común, tanto por que el derecho de cada cual se halla adherido al terreno y separado de éste no puede subsistir, cuanto porque el derecho de los dos se relacionan y subordinan de tal modo, que ni la demandada ni el demandante puedan menoscabar en nada lo privativo de cada uno, ya que los distintos disfrutes de aprovechamiento y de labor engendran, entre ambos dueños, relación jurídica análoga a la comunidad de bienes."

<sup>208</sup> **STS de 21 de febrero de 1920.** J.C. T.149. Pag. 422 y ss.

<sup>209</sup> Aunque es posterior, resulta interesante destacar la **STS de 12 de noviembre de 1959** (Rep. Aran. 4443), que establece que "si bien es cierto que determinadas **servidumbres personales**...pueden confundirse con el **derecho real de superficie y hasta con el condominio**...no es menos cierto que las circunstancias concurrentes excluyen la posibilidad de tal confusión, y debe ser calificado como servidumbres personales y ello por las razones siguientes: a) por su origen, ya que de conformidad por las partes, se desprende que la casa ducal propietaria de los terrenos y del señorío, otorgó a los entonces vasallos, a título gratuito y por mera liberalidad los aprovechamientos (de siembra, barbecho, caza, edificaciones y chozas, leñas muertas), con la expresa y determinante declaración de que, a más de los aprovechamientos que se reservaba, seguía conservando la propiedad absoluta, el pleno dominio sobre las tierras cuya utilización parcial cedía... c) porque el condominio precisa la participación de los comuneros en todas y cada una de las partes del todo a que afecta la comunidad, en participación fija y determinada, pero indivisa, y en el caso de autos no sólo pertenece al dueño del terreno la totalidad de su nuda propiedad y se reserva el íntegro disfrute del vuelo y de sus productos, sino que también limita el aprovechamiento que concede respecto del suelo-pastos...en determinadas épocas del año, reservándose también el aprovechameinto de alguno de los pozos existentes y otros muchos derechos y

La Jurisprudencia estudia también otras figuras como el foro, donde las cuestiones se centran en el dominio útil, y su desmembración del dominio directo, y que sirven a la doctrina para su equiparación al derecho de superficie. Así, las STS. de **27 de octubre de 1909**, y la de **22 de enero de 1921**.<sup>210</sup>

Es la STS de **4 de julio de 1928**,<sup>211</sup> la que define la institución en uno de sus resultandos, siguiendo el concepto clásico del derecho romano. Así, señala que:

"el derecho de superficie, que ya en el Digesto se calificó con el nombre de *superficiebus*, constituye precisamente una excepción a la doctrina legal de la accesión, según opinión de todos los comentaristas y, a su vez, la ley de Bases del Código Civil, aunque no lo define, pero su concepto clásico, según todos los autores de Derecho, es el de que se trata de un derecho de naturaleza real, por virtud del cual puede una persona edificar o plantar en terreno ajeno, mediante el pago, por regla general, de una pensión al dueño del suelo, pudiendo a veces ser también gratuita, siendo innegable la existencia en el caso de este pleito de un derecho real de superficie".

Sin embargo, en sus considerandos la asemeja al censo.<sup>212</sup>

---

aprovechamientos...d) porque ninguno de los titulares puede solicitar la división o participación, en cuanto por el título de concesión se cede el derecho a todos y cada uno de los vecinos de los pueblos afectados, sin traba, ni limitación alguna, y por ende, cada uno es titular y puede utilizar la totalidad de la concesión..."...Sentada la anterior doctrina que excluye tanto la idea de condominio como la de derecho de superficie, por muy extensos que sean los derechos concedidos a los vecinos de los pueblos recurrentes... procede desestimar el tercer motivo del recurso".

<sup>210</sup> La **STS 27 de Octubre de 1909**. (RGLJ. J.C. T. 116. Pag. 170 y ss) es citada por Borrell y Soler, al referirse a los foros, y según él, por tanto, aplicable a la superficie. Dicha sentencia indica que "no puede menos de reconocerse que el contrato de foro, siendo de carácter consensual, esta sujeto, como todos los de su clase, cualesquiera los derechos reales que engendre, a las sucesivas modificaciones que las partes interesadas puedan pactar y convenir acerca de la materia que ha sido objeto del mismo". También la **STS 22 de enero de 1921** (RGLJ. J.C. T. 152. Pag 136 y ss), según el citado autor, equipara la superficie a los foros y establece que aquellos anteriores al Código Civil no se rigen por éste sino por la legislación anterior. Jurisprudencia que ya aparecía en la STS 3 de Febrero de 1896 (JC. T. 74. Pag. 235)

<sup>211</sup> **STS 4 de julio de 1928**. J.C. T. 183. Pag 558 y ss.

<sup>212</sup> Considerando que el derecho de superficie a que entre los de los censos, los foros y otros análogos alude el art. 1.611 del Código civil, por lo mismo que no ha sido definido por la legislación clásica en el Código vigente y por los tratadistas de un modo determinado

A partir de este momento, el Tribunal Supremo, debido a los supuestos planteados en la práctica, se pronuncia en diversas ocasiones sobre los criterios de distinción entre el derecho de superficie y el arrendamiento.<sup>213</sup> Así, la STS de 3 de julio de 1941, se ocupa de establecer la naturaleza del "arriendo superficiario",<sup>214</sup> que sin llegar a distinguir claramente ambas figuras, señala su carácter especial.<sup>215</sup>

---

y concreto, sino estimándolo similar a lo antes mencionado, y muy principalmente al censo enfiteútico, precisa para que pueda reconocerse su existencia legal que se demuestre con la escritura de su constitución o algún otro documento justificativo..."

<sup>213</sup> Aunque ya la STS de 26 de junio de 1929, (J.C. T. 184. 1929. Pag. 1078), dentro de la confusión existente entre el censo enfiteútico y el derecho de superficie, deslinda claramente la figura del censo del arrendamiento.

Así, en el supuesto de hecho el recurrente solicitó que se declarase que sobre las fincas a que se refieren **existe un censo enfiteútico o derecho real de superficie** del que corresponde el dominio directo al demandado y el útil al demandante.

El TS señaló "que aunque sea cierta la posesión alegada desde tiempos antiguos no ha sido en concepto dominical propio, sino como colono arrendatario o aparcerero..." "...la posesión con tal carácter es excluyente de la dominical necesaria para la existencia del derecho real reclamado"

<sup>214</sup> STS 3 de Julio de 1941. Rep. Aran. 891. El Tercer Considerando matiza que "la relación jurídica constituida, por la que se cedió el uso de un solar mediante retribución periódica -solarium- con permiso de edificación, se aprecia sin duda alguna que se trata de un arrendamiento en el que se ha injertado un derecho de superficie, con soldadura tan íntima en un sólo nexo, que sería inútil pretender que se mantuviera su substancia jurídica separando los elementos componentes, de naturaleza generalmente personal por lo que se refiere al arrendamiento, y a la vez de naturaleza real, propia del derecho de superficie."

<sup>215</sup> El Quinto considerando señala "que este derecho tan pobre de legislación, a pesar de su remoto origen, que nace sin substantividad propia, al amparo del contrato de venta o del de arrendamiento, no es regulado por el Código Civil, pero lo da por subsistente en el art. 1.611... señalando que hay en el dos dominios, el directo y el útil, recogiendo así el sentido tradicional del derecho patrio y las orientaciones de la doctrina científica que le califican de figura similar a la enfiteusis y si bien es cierto que el Código lo alude en el Art. 1.655 y asigna al establecido temporalmente desde la promulgación del texto legal al concepto de arrendamiento no se podía pensar que el Legislador quiso sujetarlo a las reglas exclusivas de la normal relación arrendaticia anulando las características y el influjo del "ius superficiei" en el contrato, lo que significaría tanto como borrar su existencia en la vida del derecho, sino lo que se ha pretendido es dar encauzamiento jurídico al arriendo superficiario, señalando como normas aplicables la del contrato predominante en cuanto sean compatibles con las manifestaciones variadas y complejas que el derecho de superficie lleva al arrendamiento liso y llano".

En su Séptimo considerando, se resume que "el contrato no es de arrendamiento simple y corriente, aunque así sea designado por los interesados, sino que por la variedad y naturaleza de sus pactos es un arrendamiento complejo, que bien pudiera ser incluido en el grupo de los contratos innominados o atípicos, como relación arrendaticio-superficiaria".

De esta forma no se delimita a ambas figuras, sino que se afirma la existencia de un arrendamiento nuevo denominado relación arrendaticio-superficiaria.

Considero que se confunde la creación de un derecho de superficie nacido a través de un contrato de arrendamiento, con un arrendamiento complejo. Y no es un arrendamiento complejo porque no se otorga el goce unicamente, sino que se entrega la propiedad del edificio. Es importante la distinción entre arrendamiento y superficie no sólo a los meros efectos de discusión acerca de su naturaleza jurídica sino también en cuanto a su repercusión en el ámbito fiscal. Tal es el caso señalado por la STS de 13 de febrero de 1942, donde el Tribunal señala que lo que las partes quisieron reflejar en el contrato es un derecho de arrendamiento que como tal, fue inscrito en el Registro de la Propiedad, y que la cláusula de reversión del edificio al dueño de los terrenos no arguye que en este caso se crease un derecho de superficie.<sup>216</sup>

Y ello porque "el derecho real de superficie, por su carácter real, independiza en cierto modo a quien de él se prevalece para construir y le permite actuar de forma autónoma y disponer de lo edificado, acaso derruyéndolo, pero las estipulaciones contractuales de 1901 (fecha del contrato) cercenan esta facultad omnímoda llegando incluso a anularla..."<sup>217</sup>

---

<sup>216</sup> **STS 13 de febrero de 1942.** Sala Contencioso Administrativa. Rep. Aran. 424. Se trata del supuesto en que una persona física, contrata con una sociedad el arrendamiento de un solar con la obligación de construir un edificio de acuerdo con las normas urbanísticas de la zona, que revertiría a la propiedad tras el periodo de 99 años, contrayendo la sociedad las siguientes obligaciones: pago del canon anual excepto en los años en que durase la edificación, reversión del edificio a la propiedad o a sus causahabientes sin pago de indemnización alguna al expirar el plazo de 99 años, pago de los gastos de conservación y aseguramiento del edificio así como pago de toda contribución o impuesto creado o venidero sobre la propiedad o el inquilinato.

<sup>217</sup> De esta forma, los herederos de la propietaria del terreno que mantenían la existencia de un derecho de superficie a favor de la Sociedad, al ser considerado como de arrendamiento, se ven obligados al pago del Impuesto Municipal del Arbitrio sobre el

En esta sentencia ya se resaltan alguno de los caracteres propios de cada una de las figuras, que poco a poco van a constituir el criterio delimitador del arrendamiento y de la superficie, como es el carácter real del derecho de superficie.

La Resolución de la D.G.R.N. de 27 de octubre de 1947,<sup>218</sup> siguiendo los criterios de la doctrina científica y del propio Código Civil, reconoce la analogía del derecho de superficie con el censo enfiteútico, confirmando la inexistencia de una reglamentación específica en nuestra legislación de este derecho.

Pero es con el arrendamiento, o mejor dicho con ciertas cláusulas insertas en el contrato de arrendamiento, donde la Jurisprudencia va a continuar afinando más para llegar a una delimitación más precisa. Así se expone con gran claridad cómo en el contrato de arrendamiento lo que se cede es el goce o uso de una cosa, y no un derecho de propiedad cuya duración indefinida es incompatible con el arrendamiento.<sup>219</sup> Además resulta

---

incremento del valor de los terrenos como sujetos pasivos del mismo.

<sup>218</sup> **Resolución D.G.R.N. de 27 de octubre de 1947.** J.C. 1947. Vol. II. Pag 141 y ss. Matiza "que a pesar de las distintas opiniones doctrinales, debe considerarse la enfiteusis como figura similar del derecho de superficie, el cual debe ser construido, dadas sus escasas normas legales, de una manera semejante a aquella y con arreglo a los preceptos que la rigen, según ha reconocido el TS en sus Sentencias de 4 de julio de 1928 y 7 de julio de 1941, así como tradicionalmente la opinión científica española..."

"... lo cierto es que la autorización concedida a doña M<sup>a</sup> Nieves Catasús para cubrir una parte del pasaje y edificar sobre la cubierta, implica un derecho real que cualesquiera que sean las analogías que ofrezca con el derecho de superficie no consiente en suscribir la hipótesis afirmada en la nota, puesto que si bien es indudable que el contenido de derechos y obligaciones que integran una relación jurídica y no el nombre que le hayan impuesto los particulares son los que han de servir de base para determinar su verdadera naturaleza, en este caso ha de tenerse presente el silencio de las partes acerca del alcance y efectos del derecho constituido que no puede suplirse por faltar un régimen legal específico de la superficie en nuestro ordenamiento jurídico en el que se halla únicamente reconocida..."

<sup>219</sup> La **Sentencia de 15 de octubre de 1924** (J.C. T. 164. Pag. 422 y ss) señala que "para la existencia de un contrato de arrendamiento de cosas es impensable, con arreglo al artículo 1543 del Código civil, que una de las partes se obligue a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto, no concurriendo el primero de estos dos requisitos cuando en una escritura se define un derecho de propiedad de una

necesario hacer constar, aunque no es determinante, el derecho que las partes quieren pactar.<sup>220</sup>

En la STS de 5 de febrero de 1953,<sup>221</sup> se plantea un supuesto de un contrato de arrendamiento de solar con autorización para edificar requisito que es considerado como insuficiente para entender constituido el derecho real de superficie. Al comentar esta sentencia, García Valcarcel,<sup>222</sup> se pregunta si en este supuesto estaríamos ante un derecho personal de superficie, o si se produce una ampliación del ius utendi locativo. Y ello porque el titular de las obras es el arrendatario mientras dura su arrendamiento, y a la extinción del vínculo arrendaticio aquellas pertenecerán al arrendador. Lo que significa, a su juicio, que el objeto de la locatio no se extiende a la edificación, ya que el propietario

---

cantidad de agua, que se asigna a un molino, contra el pago de un canon anual que se fija por tiempo indefinido, concepto incompatible con el arrendamiento".

<sup>220</sup> Rodríguez de Valcarcel (Desahucio de un solar arrendado por vencimiento del plazo... Cit. Pag. 623) recoge la sentencia de 13 de diciembre de 1950, del Juzgado de Primera Instancia N° 16 de Madrid (confirmada: el autor la califica así al ser firme), que analiza el supuesto de cesión en arrendamiento de un solar con duración fija, por cuyas cláusulas el locatario quedó facultado para edificar en el solar, pactándose expresamente que finalizado el contrato lo edificado pasaría en propiedad al arrendador.

En sus considerandos el juzgador establece que el contrato celebrado entre las partes "...es, pura y simplemente, un contrato de arrendamiento de cosas, pues en el mismo para nada hablaron los contratantes del derecho real de superficie, antes al contrario estipularon la renta correspondiente al solar cuyo uso se cedía por el arrendador al arrendatario y señalaron clara y terminantemente la duración del contrato, fijándola en veinte años, razones por las cuales el repetido contrato ha de estimarse como de arrendamiento y regirse por las disposiciones a este vínculo afectantes."

Siguiendo a la STS 4 de julio de 1928 "no puede en modo alguno presumirse el derecho de superficie, sino que debe ser objeto de clara y determinada constitución, y en el presente caso no sólo no lo han establecido las partes, sino que previeron, al otorgar el contrato de arrendamiento, de una manera que no deja lugar a dudas los respectivos derechos de cada una de ellas sobre lo edificado durante la vigencia del nexo..."

<sup>221</sup> STS 5 de febrero de 1953. Rep. Aran. 571. En la misma se "advierde que el mere permiso para edificar es de modo notorio insuficiente para estimar constituido un derecho de superficie, al que no directa ni indirectamente se alude en el contrato."

<sup>222</sup> García Valcarcel: Obras realizadas... Cit. Pag. 401 y 407.

no puede arrendarse a sí mismo, limitándose el objeto del arrendamiento unicamente al solar. Así, expone las peculiaridades de "la tal vez figura jurídica híbrida".<sup>223</sup>

La STS de 26 de octubre de 1956,<sup>224</sup> diferencia el arriendo superficial, como así lo califica, del arrendamiento puro y simple, (pero refiriéndose en realidad a un arrendamiento complejo: arrendamiento ad aedificandum).

En el Segundo Considerando de la sentencia se "estima que por tratarse de un contrato atípico de arrendamiento, (hace referencia al primer contrato de 1912), en el que se inserta un derecho de superficie que recaé conjunta e inseparablemente sobre el terreno o solar arrendado y sobre el edificio levantado en él, no se puede acomodar el caso a los presupuestos de la Ley de Arrendamientos Urbanos, sustrayéndolo de las normas del Derecho comun".<sup>225</sup>

---

<sup>223</sup> No consideramos que exista ninguna figura híbrida, no hay más que un arrendamiento. Pues si bien es cierto que el propietario no puede arrendarse a sí mismo, hemos dejado claro con anterioridad, como en el arrendamiento complejo la propiedad de la mejora o construcción no es del arrendatario sino desde el preciso instante que las obras comienzan pertenecen al arrendador, pues éste sólo cede el goce, puesto que la propiedad o edificación no existe sino que forma parte integrante del pago o renta del arrendatario.

Tampoco es posible en nuestro Derecho hablar de un derecho personal de superficie, pues la característica propia de este derecho es la construcción de una edificación en finca ajena, es decir, una figura cuyo carácter es precisamente real.

<sup>224</sup> STS 26 de octubre de 1956. Rep. Aran. 3414. En el supuesto de dicha sentencia, hay dos derechos distintos cuyo origen se encuentra en dos títulos diferentes. Un contrato de fecha de 1912, en el que se concierta el arriendo de un solar, donde se permite al arrendatario edificar en él, aunque lo edificado se cediera en beneficio de la propiedad a la terminación del contrato. Y posteriormente, una carta-contrato de 1932, donde se pacta un arrendamiento puro y simple. En la Sentencia se aclara que no hay novación del primer contrato.

<sup>225</sup> El Sexto Considerando, admite "que si se infiere del contrato de 1932, (segundo contrato pactado por las partes) que se dió al demandado el goce o uso del terreno y cine que en el mismo se menciona, cualquiera que sean las normas complementarias que lo integren de carácter secundario, no desnaturalizan su carácter de arrendamiento puro y simple, pues aún cuando se ceda el terreno y cine, sobre el terreno se pudiera construir, o se construyera de nuevo, bien se advierte como enseña la Sentencia de este Tribunal Supremo de 5 de febrero del año 1953, que el mero permiso para construir edificaciones en un solar arrendado, es de modo notorio insuficiente para estimar constituido un derecho real de superficie, al que ni directa ni indirectamente se alude en el contrato, y si ello es así como en el caso de autos sucede, queda robustecida la interpretación que se viene dado al que rige las actuales relaciones arrendaticias, como de locación pura y simple, estando sometido en la regulación de las relaciones que de él deriven, a las normas de derecho



Es posteriormente en la STS de 24 de octubre de 1959,<sup>226</sup> donde se distingue, el derecho de superficie de una figura afín como es el arrendamiento con pacto de modificación del edificio sobre el que recaé el arriendo, (o, en definitiva, arrendamiento ad meliorandum).

Así, se señala que "la edificación realizada, cuya modificación estaba prevista en el contrato al autorizarse al arrendatario para efectuarla, no permite ver aquella calificación y entender por su texto que se está ante la presencia de un arriendo superficiario; y ello en razón a faltar en el caso en que se enjuicia el requisito esencial exigido por el Digesto en su fragmento segundo, título 18, libro 43, al que se hace referencia en las sentencias de esta Sala de 2 de julio de 1941 y 21 de abril de 1951, y que está constituido por el solar - llamamos cosas superficiarias, dice Gayo, en el expresado fragmento, a las que se levantan en un solar-, elemento sustancial del arrendamiento en el cual, en éste, se injerta, como se dice en aquella primera resolución, el derecho de superficie, lo que no tiene lugar en el caso de autos dado que la cosa arrendada fue la tienda de la casa, con las naves edificadas existentes en los dos patios, facultándose al arrendatario para hacer en ella las reformas convenientes, facultad que indica que podía realizarlas o no, a su voluntad,...".

La STS de 5 de enero de 1967,<sup>227</sup> es la primera que distingue, con argumentos más sólidos a mi juicio, la diferencia entre derecho de arrendamiento y derecho de superficie. En ella se declara la existencia de un contrato complejo formado por un arrendamiento y dentro de este contrato "se introduce un pacto de naturaleza distinta",<sup>228</sup> un derecho de superficie, puesto que se reconoce al arrendatario del suelo la propiedad de los edificios

---

necesario de la L.A.U."

<sup>226</sup> STS 24 de octubre de 1959. Rep. Aran. 3963.

<sup>227</sup> STS 5 de Enero de 1967. J.C. 1967. Vol. I. Pags. 5 y ss.

<sup>228</sup> Se establece en su considerando segundo la existencia de este contrato complejo por que "se concede en arrendamiento una parcela de terreno con el fin de construir almacenes..., que se autoriza al cesionario para levantar construcciones sobre obras de fábrica preexistentes así como para la venta de los edificios que construya con la sola condición de hacer constar en la escritura de transmisión que el terreno en que están alzados los edificios es propiedad de la parte cedente... lo que pone de manifiesto que al cesionario se le atribuye derecho de dominio sobre lo edificado (peculiariedad del derecho de superficie) aparte del arrendamiento del suelo sobre el que únicamente recaé el canon arrendaticio que como contraprestación se estipula, es decir que se introduce o adhiere un pacto de naturaleza jurídica distinta al arrendamiento..."

que levante.

En esta decisión jurisprudencial, el Tribunal claramente matiza la existencia de dos dominios totalmente independientes apareciendo, por consiguiente, un pacto de naturaleza distinta al arrendamiento. Pero lo más importante de destacar, a mi juicio, es el establecimiento de la facultad de disposición en base al derecho de propiedad del edificante, que convierte a la propiedad superficiaria en una propiedad separada del suelo.

También la STS de 1 de febrero de 1979,<sup>229</sup> expresa claramente la distinción entre arrendamiento complejo y derecho de superficie, e incluso su diferenciación con la construcción extralimitada y con la accesión invertida. En dicha decisión jurisprudencial se precisa que para la constitución de un derecho de superficie, es necesario que la facultad de edificar constituya un facere impuesto al titular del derecho.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha recogido también la configuración de la propiedad del superficiario como una propiedad especial, propiedad superficiaria, tal y como ha establecido la doctrina. Así, la Sentencia de 15 de junio de 1984,<sup>230</sup> concluye estableciendo la singularidad de esta figura respecto al censo enfiteútico y al arrendamiento,<sup>231</sup> figuras a las que el Código asimiló. En sus considerandos se recoge las diversas

---

<sup>229</sup> STS 1 de febrero de 1979. J.C. 1979. Vol. I. Pags. 192 y ss. En su Considerando Tercero se establece "que tratándose en el supuesto enjuiciado no de un arrendamiento complejo superficiario y ni siquiera de una locación ad meliorandum, pues el edificar no era una obligación del arrendatario recurrente, sino una facultad libremente ejercitable por cuanto no se le impuso la prestación de un facere consistente en la realización de las obras, claro está que no cabe hablar de la constitución de un derecho de superficie, y si el propósito arrendaticio ha sido no solo el prevalente sino el único contemplado por los contratantes".

<sup>230</sup> STS 15 de junio de 1984. Rep. Aran. 3243.

<sup>231</sup> Aunque no dejen de llegar supuestos a los Tribunales en que se dé la falta de diferenciación entre derecho de superficie y arrendamientos ad meliorandum, la posición del Tribunal Supremo es clara al respecto estableciendo la diferenciación.

Posición que es adoptada por los Tribunales inferiores, tal y como lo demuestra

tesis propugnadas por la doctrina acerca de la naturaleza del derecho, al señalar expresamente que: "el derecho de superficie, habida cuenta de su singular y específica naturaleza, bien se considere como un derecho real, enajenable y transmisible, sobre cosa ajena o del grupo de los de naturaleza perpetua o inmobiliaria, ya como una propiedad limitada en ciertos aspectos, pero independiente de la propiedad del suelo, considerado como un caso de dominium utile, ora como relación jurídica descompuesta en que el superficiario respecto del suelo ostenta un derecho real de disfrute sobre fundo ajeno, que le autoriza a ocupar el area de éste, y respecto a las construcciones mismas tiene una propiedad limitada, o, siguiendo doctrina moderna marcada por el positivo avance de configurarlo como una forma de propiedad, que haciendo decaer el principio superficie solo cedit tiene su razón de ser en estimular y facilitar la construcción, así como posibilitar una propiedad dividida por planos horizontales, no puede por menos de reconocerse tiene una singularidad diferenciable del censo enfiteúutico, si se constituye por tiempo indefinido y del arrendamiento si es por tiempo limitado a los que se vino asimilándola..."

Constituye, por tanto, un cambio radical de la Jurisprudencia que hasta ahora, en los pocos casos planteados de derecho de superficie, siempre la ha considerado equiparable a alguna otra figura jurídica, como señala el Código Civil, matizándose ahora su "singularidad diferenciable".

Por último, y en relación con los posibles problemas a la hora de diferenciar los derechos de sobreedificación y subedificación de otros derechos, ha sido la llamada Jurisprudencia registral<sup>232</sup> la que se ha encargado de su resolución.<sup>233</sup> Tras realizar un

---

la Sentencia de la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid de **14 de julio de 1990**. (R.G.D. 1991. Pags. 471 y ss) la cual establece que "el elemento fundamental del derecho de superficie es el de tener y mantener, temporal o indefinidamente, en terreno o inmueble ajeno, una edificación en propiedad, que no se da, cuando se arrienda un terreno preexistente y el local a construir, construcción que es causa y condición del arrendamiento mismo, lo que es posible conforme al art. 1255 del Código Civil".

<sup>232</sup> Sobre la consideración de las resoluciones de la D.G.R.N. como parte integrante de la Jurisprudencia registral vid. Corral Gijón: La legislación del suelo en la Jurisprudencia registral. R.D.U.1992. Pag. 13 y ss.  
Es sabido que su carácter no es de verdadera jurisprudencia ni de doctrina legal alegable en casación, únicamente es importante su valor doctrinal a la hora de aplicar e interpretar tanto las normas registrales como las civiles y las administrativas relacionadas con los inmuebles. De ahí que utilicemos el término de jurisprudencia registral para referirnos a las Resoluciones de la D.G.R.N. siendo conscientes del alcance limitado del término.

estudio de la Jurisprudencia<sup>234</sup> existente en relación con estos derechos, debemos admitir que generalmente se refiere al derecho de sobreedificar y subedificar sin carácter superficiario, por lo que no nos ayudan para completar nuestro estudio. No obstante, se reconoce su existencia como se desprende de la **Resolución D.G.R.N. de 5 de febrero de 1986**, la cual señala, en su Segundo Considerando, que:

"el derecho de vuelo o de sobrevaloración, es un derecho de trascendencia real, que consiste en construir plantas en fincas edificadas ajenas, figura diferenciada del derecho de superficie, no sólo por la distinta base física sobre la que se constituye, sino por la perpetuidad de la propiedad que origina el derecho de sobreelevar frente a la temporalidad de la propiedad superficiaria".<sup>235</sup>

---

<sup>233</sup> **Resolución de la D.G.R.N. de 18 de abril de 1988.** En dicha resolución se diferencia claramente el derecho de sobreedificación del derecho a elevar dos plantas por los dos titulares de la finca, sobre un solar en condominio, obligándose cada uno de ellos a realizar la construcción individualmente de cada vivienda, cuya propiedad en principio corresponde al respectivo edificante, por virtud de contrato expreso, costeadando entre ambos los elementos comunes.

<sup>234</sup> Vid: Sentencias del Tribunal Supremo: 7 de noviembre de 1979 (Rep. Aran. 3644); 31 de marzo de 1980 (Rep. Aran. 1233); 30 de abril de 1982 (Rep. Aran. 1969); 9 de julio de 1988 (Rep. Aran. 5601); 23 de julio de 1990 (Rep. Aran. 6128). Sentencias de las Audiencias: - Audiencia Territorial de Barcelona Sala 2º (R.J.C. 1980. Pag.609), Sentencia de 4 de febrero de 1980, Audiencia Territorial de Pamplona (R.G.D. 1982. Pag. 60). Sentencia de 17 de junio de 1981. Resoluciones de la D.G.R.N.: 7 de abril de 1970, 14 de mayo de 1984 y de 5 de febrero de 1986 (Rep. Aran. 1006), 13 de mayo de 1987, 18 de abril de 1988, 28 de octubre de 1988 y 31 de octubre de 1988 (Jurisprudencia Registral II. 1986-1990. Tecnos 1991. Amorós Guardiola y Madero Jarabo).

<sup>235</sup> **Resolución de la D.G.R.N. de 5 de febrero de 1986.** Rep. Aran. 1006. En esta Resolución, el supuesto de hecho es un contrato por la cual el edificante se obliga a realizar sobre un solar edificable, un edificio de tres plantas, de las que devendrá propietario de las dos elevadas, reteniendo la otra parte la propiedad del solar y de la futura planta baja. De esta manera se constituye un derecho de vuelo para elevar y construir y en su día hacer suyas en pleno dominio dos plantas elevadas.

El Registrador deniega la inscripción por no constar claramente determinado el derecho que se constituye, y en todo caso carecer de trascendencia real. El notario autorizante apela y el Presidente de la Audiencia, estima el recurso por considerar que el derecho definido en el documento se comprende en el art. 16-2 del R.H. y que el derecho de vuelo se constituye con sujeción a una condición suspensiva con apoyo en la realidad física del solar existente. La D.G.R.N. confirmó el auto apelado.

La cuestión que plantea la discusión y diferencia con el derecho de superficie surge

En relación con el Derecho Foral de Navarra, tanto la Jurisprudencia como las Sentencias de las Audiencias, han mantenido el carácter de derecho real, en cuanto significa desmembración o grave limitación del dominio,<sup>236</sup> y que, a su vez, otorga el derecho de mantener separada e independientemente del suelo, la propiedad de lo construido.<sup>237</sup>

También la Sala de lo Contencioso Administrativo, se ve obligada a aclarar los problemas que plantea la modalidad urbanística del derecho de superficie. Así, la STS de 14 de mayo de 1987, apunta como:

"el derecho de superficie, revitalizado por obra y gracia de la Ley del Suelo, consiste en la cesión de éste para edificar sobre él. Tal esquema es el que acepta y utiliza nuestra norma urbanística maestra (arts. 171-174). El contenido queda en el ámbito de la autonomía de la voluntad, por tratarse de un negocio jurídico entre particulares, cuyo carácter civil es indiscutible y tan solo en cuanto las cláusulas contractuales resulten insuficientes, habrá de acudir a la mencionada Ley del Suelo, único texto donde este derecho real aparece regulado, así como al Código Civil y el resto del ordenamiento

---

por la constitución de un derecho de vuelo sobre la planta baja de un edificio que está proyectado, y sujeto a la condición de que el adquirente del referido derecho la construya dentro de un plazo determinado.

<sup>236</sup> **STS de 1 de febrero de 1979.** J.C. 1979. Vol. I Pags. 192 y ss. "Aunque el Fuero Nuevo navarro no establece una forma determinada, en todo caso será indispensable una inequívoca declaración de voluntad de los contratantes para dar por constituido el derecho de superficie, tan distinto cuantitativa y cualitativamente del arrendamiento, que lo es simplemente de goce, a diferencia de aquél, de naturaleza real y de disposición, pues el derecho de superficie, en cuanto significa desmembración o grave limitación del dominio y constituye una verdadera excepción al principio "aedificium solo cedit" ha de ser objeto de categórica constitución y no puede presumirse".

<sup>237</sup> **SAP de 30 de abril de 1986.** "El consentimiento del propietario del terreno a la construcción de la nave litigiosa sobre una parte del mismo confiere a los edificantes no la propiedad del suelo ocupado por la construcción, pero si el derecho a mantener separado e independientemente de aquella la propiedad de lo construido con su autorización, esto es, un derecho real de superficie, tal como viene definido por la ley 430 del Fuero Nuevo, que no impide al dueño del suelo hacer suya "por reversión" la propiedad de lo edificado, al extinguirse aquél derecho, mediante el abono de la oportuna compensación o sin ella, según lo prevenido en la ley 434". Recogida por De Pablo Contreras y otros: Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. Derecho Histórico, concordancias, jurisprudencia. Pamplona. 1988. Pags. 526 y 527

jurídico..."<sup>238</sup>

La STS de **6 de octubre de 1987** (Sala Civil),<sup>239</sup> matiza el carácter real del derecho de superficie con virtualidad erga omnes.<sup>240</sup>

Ultimamente, ha sido la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, la que se ha visto obligada a pronunciarse sobre diversos problemas surgidos como consecuencia de la mayor utilización de la figura, al menos en el ámbito urbanístico. Partiendo siempre de la configuración de la figura como una propiedad separada.

Así, la Sentencia de 5 de diciembre de 1989,<sup>241</sup> se cuestiona a quien corresponde el pago de los gastos de urbanización, si al promotor o al propietario del suelo.

De la sentencia se desprende que

"el titular del derecho a edificar tiene que cumplir unas determinadas obligaciones y cargas para poder realizar su derecho. Entre dichas cargas figura la de costear la urbanización. Como en el presente caso el recurrente, junto con otros dos, era titular del derecho a edificar en el solar en cuestión, le correspondía hacer frente a los expresados gastos de urbanización, sin perjuicio de los pactos existentes entre los indicados titulares del derecho de superficie y el propietario del solar."

En el mismo sentido, la STS de 24 de enero de 1990,<sup>242</sup> señala que

---

<sup>238</sup> **STS de 14 de mayo de 1987.** (Rep. Aran. 3603).

<sup>239</sup> La **STS 6 de octubre de 1987** (Rep. Aran. 6720) señala "el carácter de derecho real con virtualidad erga omnes e inscribible en el Registro de la Propiedad, sometido a un estatuto, cuya rigidez no encaja con las doctrinas propugnadas por la recurrente que son propias de las relaciones negociales de índole personal dentro del campo del Derecho de obligaciones."

<sup>240</sup> En el mismo sentido la **S de la Audiencia Territorial de Oviedo de 11 de Junio de 1988** (RGD. 1989. Pag 3371 y ss), plantea el supuesto de un edificio construido en terreno comunal con licencia municipal, mediante el abono de un canon.

"Lo que permite obtener la conclusión de que lo adquirido por el señor A. fue un derecho real de superficie sobre el terreno en cuestión... derecho real que tiene evidente contenido económico y es transmisible por herencia..."

<sup>241</sup> **STS 5 de diciembre de 1989** (rep Aranz. 9105)

<sup>242</sup> **Sts de 24 de enero de 1990** (Rep. Aranz. 349)

"quienes han intervenido activamente en las actuaciones de promoción de viviendas -que en su día vieron condicionada la licencia de construir al abono de determinados gastos urbanizadores- no pueden ahora negarse a pagar so pretexto de que en la licencia se mentaba a los propietarios, pues la figura del promotor adquiere unas dimensiones amplias y profundas y le hace partícipe, bajo el concepto amplio de propietario de las obligaciones derivadas de la urbanización"... "nos lleva a la conclusión de que están obligados a sufragar los gastos de urbanización quienes son titulares de un derecho de superficie..."

Sobre la misma cuestión, y en idénticos términos, se pronuncia la STS de 10 de abril de 1990.<sup>243</sup>

En la STS de 28 de abril de 1992,<sup>244</sup> recoge la distinción entre la constitución de un derecho de superficie sobre un bien patrimonial de la Administración cuyo carácter será de derecho real de carácter civil, de los derechos reales de carácter administrativo cuyo objeto será siempre los bienes propios.

En el caso de autos el suelo sobre el que se edificó era un bien propio y como dice la sentencia:

"Por ello dicha Corporación Local constituyó el derecho de superficie, cuyo régimen

---

<sup>243</sup> STS de 10 de abril de 1990 (rep. Aranz. 3590)

<sup>244</sup> STS de 28 de abril de 1992 (Rep. Aranz. 4114).

La cuestión se centra en que a través de un concurso público se adjudicó la construcción de un mercado, plazas de aparcamiento, una sala polivalente (para cine, teatro, conferencias, conciertos, etc) y obras de urbanización.

Así, con fecha 19 de noviembre de 1982, el Ayuntamiento de Sant Andreu de la Barca, como propietario del suelo constituyó a favor de la adjudicataria un derecho de superficie que se formalizó en escritura pública y que se inscribió en el Registro de la Propiedad. Se estableció que el superficiario entregaría sin contraprestación alguna, la sala polivalente; que el superficiario tendría la facultad de gravar y vender los puestos del mercado y las plazas de aparcamiento, y se fijó el plazo de 50 años de duración del derecho real constituido, de suerte que transcurrido dicho plazo los puestos del mercado y las plazas de aparcamiento reviertan íntegramente a la Corporación Local.

Hasta aquí todo correcto, el problema surge en la consideración por parte de la Administración del derecho de superficie como "equiparable a una concesión", distinción que precisa la sentencia. Todo ello en base a que las obras se hallan terminadas y en utilización excepto la sala polivalente, que en el mercado se desarrolla una actividad normal y que su uso al igual que el de la urbanización y las plazas de aparcamiento es normal. Pero "existen diversas deficiencias que son reparables y evaluables económicamente".

jurídico está determinado por los arts. 171 a 174 de la Ley del Suelo; por el título constitutivo del derecho de superficie, y, subsidiariamente, por las normas de Derecho Privado".

En realidad lo que el Ayuntamiento quería "era tener las riendas del ambicioso plan proyectado, pero se equivocaron". Y ello porque procedieron a declarar la caducidad de la adjudicación administrativa, con declaración de su nulidad.

Y es precisamente el TS el que señala que "el derecho de superficie fue constituido en términos eficaces (se formalizó en escritura pública y se inscribió en el Registro de la Propiedad). Tal derecho, aparte de por otras causas se pudo haber extinguido si el superficiario no hubiera construido en el plazo convenido; pero al no darse ésta, ni otra causa de extinción, el derecho de superficie se extinguirá por el transcurso del plazo pactado (que en este caso es de 50 años), el cuyo momento el Ayuntamiento hará suya la propiedad de lo edificado".

Es importante destacar que la sentencia señala también que pese a que se había constituido un derecho de superficie, se estaba ante un servicio municipal gestionado de forma indirecta; y ante ciertas deficiencias en la ejecución de las obras, o en caso de otras infracciones existe la facultad sancionadora del Ayuntamiento contra el contratista.

También resultan interesantes las STS de 24 de marzo de 1992,<sup>245</sup> y la de 4 de febrero de 1993<sup>246</sup>.

Señala el Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Andalucía con sede en Málaga, de fecha 15 de

---

<sup>245</sup> STS de 24 de marzo de 1992 (Rep. Aranz. 3384).

<sup>246</sup> STS 4 de febrero de 1993 (Rep. Aranz. 782).

El Ayuntamiento con fecha 28 de 11 de 1964 acordó la cesión del derecho de superficie de una parcela de terreno desafectada al uso público, situada en los jardines del parque junto al Paseo de Cánovas del Castillo a favor de Don Salvador P.D. y en la que se ubica el Quiosco de la Marina. Tal acuerdo fue elevado a escritura pública con fecha 14 de junio de 1982, otorgándose por un plazo de 50 años, permitiéndosele a Don Salvador, poder ceder, transmitir, enajenar o gravar el derecho de superficie. Escritura que fue inscrita en el Registro de la Propiedad. Posteriormente, en 1983 el superficiario solicita al Ayuntamiento autorización para ceder su derecho, adquiriéndolo en favor de "Food Express SA", otorgándose en 1985 la escritura pública.



marzo de 1990, que fue apelada dando origen a la STS de 4 de febrero de 1993, que:

"la superficie constituye un derecho real sobre el suelo y al mismo tiempo una propiedad superficiaria y separada, es decir, comprende dos relaciones jurídicas distintas, una entre el superficiario y el dueño del suelo ajeno y otra entre el superficiario y la construcción, la primera relación integra lo que puede llamarse el derecho de superficie en sentido estricto, que se polariza en una verdadera concesión "ad aedificandum" o sea el derecho de poder levantar en suelo ajeno una construcción propia, renunciando el dueño del suelo, por esa concesión a la Ley de accesión y facultando a un tercero, mediando o no contraprestación de un canon, para construir; pero esa concesión de la que nace el derecho a edificar, no ha creado, sin embargo, la propiedad superficiaria, pues la construcción no existe todavía, y como dice la doctrina, en el día en que la construcción se realice no desaparecerá, ya que el derecho "ad aedificandum" que ha hecho posible la propiedad separada sigue perdurando, como lo demuestra el hecho de que en el caso de destrucción de lo edificado, el superficiario o concesionario continuará teniendo el derecho a construir nuevamente, en tanto en cuando no transcurra el plazo; por tanto el derecho de superficie "ad aedificandum" da ocasión para que pueda existir la propiedad superficiaria..."<sup>247</sup>

Como conclusión de lo expuesto en este apartado, podemos señalar cómo poco a poco la Jurisprudencia ha ido precisando la naturaleza jurídica de la figura. En las primeras sentencias que hemos recogido, se trata esencialmente de diferenciar "los contratos de naturaleza análoga a la enfiteusis" -derecho de superficie-, de otras figuras como son los diferentes aprovechamientos de una finca. Y ello porque las primeras sentencias, como la de 9 de marzo de 1893, mantenían que la relación entre el dueño del suelo y el superficiario, es la que hay entre copropietarios de cosa común, mientras que a los titulares de distintos derechos sobre un predio, se les concede el retracto al ser considerados "a efectos instrumentales como condueños o copropietario de cosa común, sin que eso signifique que estemos en presencia de una comunidad." (STS. 9 Julio de 1903).

No obstante, el verdadero trabajo jurisprudencial se centra en la búsqueda de

---

<sup>247</sup> Esta interesante sentencia recoge alguno de los problemas que serán analizados a lo largo del presente trabajo, por ello, y no queriendo anticipar cuestiones, hemos decidido dejar constancia en este momento únicamente de la configuración más actual del derecho de superficie que se recoge en este fundamento.

criterios para distinguir el derecho de superficie del arrendamiento. De las sentencias analizadas se establece la necesidad de que para la existencia de un derecho de superficie haya, en principio, algún documento justificativo de su constitución, (STS de 4 de julio de 1928), siendo su carácter principal el ser un derecho real, lo que supone otorgar cierta independencia al superficiario, titular del derecho, permitiéndole actuar de forma autónoma y disponer de lo edificado (STS 13 de febrero de 1942).

Por otro lado, en el arrendamiento se cede el uso o goce de un bien y no un derecho de propiedad (STS 15 de octubre de 1924); siendo el permiso para edificar notorio e insuficiente para considerar constituido un derecho de superficie (STS 5 de febrero de 1953 y 26 de octubre de 1956).

Otro criterio de distinción radica en la intención de las partes, si fue la de ceder el uso y goce del bien, sin tener en cuenta las normas secundarias de dicho arriendo (STS 26 de octubre de 1956), o la de posibilitar una propiedad separada del edificio que se levante (STS 5 de enero de 1967).

Por último, señalar cómo es posible que las partes hayan pactado un contrato complejo, arrendamiento ad meliorandum o ad aedificandum, es decir, un contrato de arrendamiento en el que se incluye un "facere" impuesto. En tal caso, el arrendamiento no se convierte en derecho de superficie, y ello porque la edificación es el "facere" pero no constituye nunca una propiedad del arrendatario sino del arrendador.

Ultimamente la Jurisprudencia, desmarcándose del criterio interpretativo literal del Código Civil, señala que estamos ante un derecho real que otorga una propiedad limitada independiente de la propiedad del suelo que tiene su singularidad diferenciable del censo enfiteúutico y del arrendamiento. (STS 15 de junio de 1984).

Y la Sala de lo Contencioso-Administrativo matiza su carácter de derecho real sobre suelo

ajeno, y, al mismo tiempo, una propiedad superficiaria y separada, dando lugar a dos situaciones jurídicas distintas: una, que es lo que denomina derecho de superficie estricto, es decir, el derecho de poder levantar en suelo ajeno una construcción propia, renunciando el dueño del suelo a la accesión, y facultando a un tercero para construir; y la relación entre el superficiario y la construcción. (STS 4 de febrero de 1993).

### **CAPITULO TERCERO**

#### **ASPECTOS REGISTRALES DEL DERECHO DE SUPERFICIE**

**SUMARIO: I.-INSCRIPCION DEL DERECHO DE SUPERFICIE.** 1.- Breve evolución histórica y análisis de los textos legales hipotecarios en nuestro Ordenamiento Jurídico. 2.- Inscripción del derecho de superficie: ¿declarativa o constitutiva?. A.- Antecedentes históricos (Leyes hipotecarias y Reglamentos). B.- Evolución legislativa, doctrinal y jurisprudencial. C.- Revisión crítica y conclusiones. 3.- Objeto de la inscripción.

**II.-REQUISITOS ESPECIFICOS DE LA INSCRIPCION DEL DERECHO DE SUPERFICIE.** 1.- Breve exposición doctrinal de las cuestiones registrales, con anterioridad a la publicación del art. 16-1º del Reglamento Hipotecario. 2.- Estudio del artículo 16-1º del Reglamento Hipotecario. A.- Introducción. B.- Estudio de cada requisito. C.- Prohibición de sujeción del derecho de superficie a comiso. 3.- Consecuencias de la no expresión o expresión insuficiente de cada requisito.

**III.-OTRAS CUESTIONES REGISTRALES RELATIVAS AL ASIENTO DE INSCRIPCION.** 1.- Inmatriculación: Imposibilidad de inmatriculación de la propiedad superficiaria sin inmatriculación previa del suelo. 2.- Problemas relacionados con el principio de especialidad. A.- Apertura de folio separado a la propiedad superficiaria. B.- Modificaciones de los elementos objetivos. 3.- Cuestiones registrales en relación con la reversión de la propiedad superficiaria, tras la extinción del derecho de superficie. A.- Cancelación del derecho de superficie e inscripción a favor del concedente. B.- Cancelación de oficio.

## **I.- INSCRIPCION DEL DERECHO DE SUPERFICIE.<sup>1</sup>**

### **1.- Breve evolución histórica y análisis de los textos legales hipotecarios en nuestro Ordenamiento Jurídico.**

El problema del carácter declarativo o constitutivo de la inscripción ha estado presente en todo momento en nuestro Ordenamiento Jurídico. La Comisión General de Codificación, que -desde octubre a diciembre de 1843- redactó las bases del Proyecto de Código Civil, aprobó a propuesta de Don Claudio Antón de Luzuriaga, la base 52, que señalaba:

"Para que produzcan efecto los títulos constitutivos y traslativos, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de bienes raíces en el Registro Público, y se establecerá, si bien como medida transitoria, que la inscripción ha de ser extensiva a los títulos de adquisición anteriores a la publicación del Código."<sup>2</sup>

Aunque en nuestro Derecho tradicional la transmisión de la propiedad territorial se efectuaba mediante el título y el modo, los miembros de la Sección Civil, decidieron llevar dicha Base a la Comisión General, que en sesión de 5 de diciembre, fue redactada como definitiva.

Nos encontramos con el establecimiento del carácter constitutivo de la inscripción

---

<sup>1</sup> La cuestión de la inscripción del derecho de superficie se ha planteado desde la regulación de la figura por la Ley del Suelo de 1956 y la reforma del Reglamento Hipotecario de 1959. Tal es la importancia de la inscripción en relación con la institución superficiaria que hemos creído oportuno realizar su estudio y, por consiguiente, el de todos los problemas registrales que de ella se derivan. Por ello hemos realizado un análisis histórico de la inscripción en nuestro ordenamiento jurídico.

Una vez perfilado su significado, nuestra misión consiste en el estudio de la inscripción del derecho de superficie, si estamos ante un derecho de inscripción constitutiva, si es, al igual que el resto de los derechos reales, de carácter declarativo, o, si únicamente es constitutiva en su modalidad urbanística. Posteriormente realizaremos un análisis de cada uno de los requisitos específicos de la inscripción del derecho de superficie, sin olvidarnos de algunas cuestiones que se plantean en torno a los requisitos del asiento inscripción.

<sup>2</sup> Base 52 del Proyecto de Código Civil aprobada por la Comisión General de Códigos en 1843. Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y Evolución. T.I. Vol. I. Centro de Estudios Hipotecarios. Castalia. Madrid. 1989. Pags. 37 y ss.

de los derechos reales y también de las transmisiones de dominio de los bienes raíces,  
aplicándolo incluso a los títulos de adquisición anteriores a la publicación del Código.

Posteriormente, la Comisión nombrada por Real Decreto de 11 de septiembre de 1846, y de la que formaba parte de la Sección Civil, Claudio Antón de Luzuriaga, Florencio García Goyena y Juan Bravo Murillo, modificó el texto de aquella, aceptándose como fórmula transaccional,<sup>3</sup> un sistema mixto o ecléctico, el cual prescindía del requisito de la entrega. La transmisión se efectuaba entre los contratantes en virtud del simple consentimiento, pero en cuanto a terceros era requisito necesario la inscripción. De este modo, la antigua base 52<sup>a</sup>, quedó redactada de la siguiente forma:

"Para que produzcan efecto en cuanto a tercero los títulos constitutivos y traslativos de dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de bienes

---

<sup>3</sup> Comenta, Oliver y Esteller (Derecho Inmobiliario Español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria. T.I. Madrid. 1892. Pag. 39 y ss) como el día 21 de Octubre de 1846 puso a discusión el Presidente de la Sección, Bravo Murillo, el título de la compra-venta, momento en el cual surgió la discusión sobre "si el dominio de las cosas se transfiere con la entrega de ellas o desde que se perfecciona el contrato". Entre este tema y la base 52 del futuro Código Civil, aprobado por la Comisión anterior, hay una estrecha relación. Así, surgieron dos opiniones "radicales y extremas", una inspirada en el Código Civil francés, mantenida por García Goyena, y otra en el moderno sistema alemán, sostenida por Luzuriaga.

**Goyena** manifestó, según recoge Oliver, que "el dominio de la cosa vendida pasa, respecto de los contrayentes, por su voluntad o consentimiento, pero no respecto de tercero."

**Luzuriaga** sostuvo que "de acuerdo con la base aprobada anteriormente respecto del Registro de Hipotecas, hace ineficaz la traslación del dominio de los bienes inmuebles hasta que éstos sean registrados, y que habría contradicción con esta base si se decidiese aquí (en el caso particular de enajenación por título de compra) que pasase el dominio por el consentimiento de los contratantes." Añadiendo que "la traslación del dominio se realiza por la inscripción en el Registro de hipotecas y por la entrega". Critica Oliver esta segunda parte de la tesis expuesta.

**Bravo Murillo**, señaló "que no debía hacerse depender la transmisión del dominio de diversos acontecimientos". Acordando, por tanto, rechazar la tesis expuesta por Luzuriaga.

Así fue como se derogó la célebre base 52<sup>a</sup>, por lo que según el acuerdo tomado por la Sección de lo civil de 21 de Octubre de 1846, la transmisión verificada por título de venta no debía depender de aquella formalidad.

raíces en el Registro Público".<sup>4</sup>

Tras el fracaso del Proyecto de 1851, se impone la necesidad de publicar una serie de leyes especiales sobre distintas materias entre las que se encuentra la Ley Hipotecaria. De esta forma, se creó una Comisión que utilizó el sistema de la Ley de Bases que fueron presentadas a las Cortes en 1857, sin que llegaran a discutirse. Más tarde sería reproducido, modificado y presentado al Congreso por el Ministro Fernández de la Hoz, un Proyecto de Ley, el 11 de febrero de 1858. Así, se autorizó al Gobierno para la publicación de la Ley Hipotecaria, con sujeción a las bases contenidas en el mismo, donde se incluía como Base 1ª **la inscripción de los derechos:**

"Será obligatoria la inscripción en los registros públicos de todos los derechos de cualquiera especie que se adquieran, transmitan, modifiquen o extingan sobre bienes inmuebles o derechos reales."

A partir de este momento, es cuando la inscripción que en un principio pudo entreverse como constitutiva, va a pasar a la Ley Hipotecaria sin tal carácter, prevaleciendo su carácter declarativo. Así, la inscripción es voluntaria y con efectos de inoponibilidad respecto de los terceros de los derechos reales no inscritos. Dicho proyecto fue sancionado por la Reina el 22 de enero de 1861 y es la **Ley Hipotecaria**.

Sin embargo, la cuestión del carácter de la inscripción ha sido tratada en posteriores reformas tanto de la Ley Hipotecaria como del Reglamento. La primera en la que se abordó el tema fue en la **Reforma de la Ley Hipotecaria de 1909**. En su Exposición de Motivos, se señaló que entre las aspiraciones que es necesario satisfacer se encuentra la de hacer indispensables las inscripciones, aunque no forzosas.<sup>5</sup> La posterior **Reforma de la**

---

<sup>4</sup> Nueva redacción de la base 52. Oliver y Esteller: Derecho Inmobiliario Español... Cit. Pag. 47.

<sup>5</sup> Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1909:  
"El íntimo y necesario engranaje del Catrasto con el Registro a que allí se alude,

**Ley Hipotecaria de 1944**, trató este punto, señalándose en su Exposición de Motivos,<sup>6</sup> el por qué de la continuación del sistema de inscripción declarativa. Pero parte de la doctrina ha sido y es contraria a este sistema de inscripción pese a las razones expuestas por la Exposición de Motivos del Reglamento Hipotecario.<sup>7</sup> Aunque progresivamente se va observando un cambio, según se desprende de las reformas realizadas en la legislación

---

como ideal que debe realizarse prontamente, con otras aspiraciones que es preciso ir satisfaciendo, como la de hacer indispensables, ya que no forzosas, las inscripciones..."

<sup>6</sup> Exposición de Motivos de la Ley de 1944:

"Tampoco se ha considerado oportuno elevar la inscripción a requisito inexcusable para la constitución de aquellas relaciones inmobiliarias que emanen de un negocio jurídico. No se desconocen, ni de subvalorar son, las importantes razones que casi la totalidad de los tratadistas españoles aducen en defensa de la inscripción constitutiva. Pero a pesar de reconocerse plenamente que las relaciones jurídicas inmobiliarias son, por su especial naturaleza de derecho necesario, y que exigen una publicidad y una forma notorias, es incuestionable que si -conforme se ha dicho- más del 60% de la propiedad no ha ingresado en el Registro, de ningún modo puede ser aceptado el referido principio..."

<sup>7</sup> Villares Picó (La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero. R.C.D.I. Mayo. 1949. Num. 252. pag. 289 y ss. Y también en, La Ley Hipotecaria de 1861. R.C.D.I. 1960. Num. 382 y 383. Pag 147 y ss) señala varios argumentos para la imposición de la inscripción constitutiva en nuestro ordenamiento, basados todos ellos en la importancia que tiene la publicidad de las mutaciones jurídico reales a efectos de la Seguridad Jurídica en el tráfico inmobiliario de los intereses generales.

El tema ha resurgido de la mano de Pau Pedrón, que expone las deficiencias del sistema actual de publicidad, debido a las diferencias existentes entre la realidad registral y la realidad extraregistral, siendo buena solución para hacer coincidir la realidad y el Registro, la inscripción constitutiva. Pau Pedrón (Eficacia y publicidad de los derechos reales inmobiliarios. B.I.M.J. N°. 1604. 1991. Pags. 3364 a 3375), expone en este artículo, la conveniencia de adoptar el sistema de inscripción constitutiva, ya que la publicidad actual despliega una utilidad social reducida, al verse afectada por dos graves perturbaciones derivadas de la inscripción voluntaria: la falta de inmatriculación y la interrupción del tracto sucesivo.

Señala que de la falta de eficacia constitutiva de la publicidad registral derivan diversas consecuencias negativas, entre las que recoge, la merma de utilidad social del Registro, la indeterminación del momento en el que se producen las mutaciones jurídico reales respecto de terceros, la imprecisión de los datos físicos de los asientos registrales, y la posibilidad de comisión del delito de estafa en sus tipos inmobiliarios: doble disposición, gravamen de finca vendida, y venta como libre de finca gravada.



hipotecaria, otorgándose el carácter de inscripción constitutiva para determinados derechos.<sup>8</sup>

No obstante, la inscripción en nuestro Derecho tiene carácter declarativo, o no constitutivo, siendo, por tanto, un instrumento de oponibilidad o de eficacia frente a terceros. Lo que no significa que haya algunos supuestos en que se establece el carácter constitutivo de la inscripción al ser necesaria ésta como requisito de existencia del derecho.

## 2.- Inscripción del derecho de superficie: ¿declarativa o constitutiva?

### A.- Antecedentes históricos (Leyes Hipotecarias y Reglamentos)

La **Ley Hipotecaria de 1861** en su Exposición de Motivos analiza el tema del edificio construido en suelo ajeno, bajo el apartado de las hipotecas cuyos efectos están restringidos.<sup>9</sup> Con buen criterio establece cómo sólo debe concretarse la hipoteca realizada por el dueño del edificio a éste, sin afectar en absoluto al suelo.<sup>10</sup> Esta argumentación es desarrollada en la parte articulada de la Ley, donde sin mencionar expresamente al derecho de superficie dentro de la enumeración que se realiza de derechos inscribibles en el Regis-

---

<sup>8</sup> Hipoteca inmobiliaria (art. 1875 C.C.), hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, (Ley de 16 de diciembre de 1954) y derecho de superficie, (Decreto de reforma del Reglamento Hipotecario de 17 de marzo de 1959).

<sup>9</sup> Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861: "La primera restricción que el proyecto establece se refiere al que **hipoteca el edificio que ha construido en suelo ajeno**. El principio de que el edificio como accesorio cede al suelo, que es lo principal, se aplica de diferente modo, atendida la buena o mala fe del edificante, o los convenios que pueda haber entre el que es dueño de la superficie y el que lo es del alzado". Más adelante señala como "el proyecto contiene otras restricciones...en la **hipoteca de los derechos reales de superficie**, pastos, leñas y otros semejantes".

<sup>10</sup> Continúa la Exposición de Motivos: "...que la hipoteca del edificio construido en suelo ajeno no modifica en nada el derecho común, ni hace de peor condición al dueño del solar, sino que se entiende limitado siempre por la voluntad del hipotecante y del acreedor hipotecario frente al derecho que aquél tiene..."

tro,<sup>11</sup> lo declara hipotecable en el artículo 107 apartados 1º y 5º, (dentro del Título V al tratar de las Hipotecas en general, y de las restricciones a las mismas), siguiendo el criterio establecido en la Exposición de Motivos.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Art. 2 de la Ley Hipotecaria de 1861: "En el Registro expresado en el artículo anterior, se inscribirán:

-2º: Los títulos en que se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipotecas, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales".

<sup>12</sup> Ley Hipotecaria de 1861:

**Art. 107: Apartado 1º:** "El edificio construido en suelo ajeno, el cual si se hipotecare por el que lo construyó, será sin perjuicio del derecho del propietario del terreno y entendiéndose sujeto a tal gravamen solamente el derecho que el mismo que edificó tuviere sobre lo edificado".

Al comentar este precepto, Galindo de Vera y Escosura Escosura (Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España. T. III. 4º ed. Madrid. 1903. Pag. 174) señalan que "con tales preceptos, que en nada han modificado el derecho antiguo, tenemos por cierto que el nº 1º del art. 107 se refiere única y exclusivamente al edificio construido previo contrato con el dueño del suelo, en que reconozca el dominio al que lo costee a sus expensas, contrato que habrá de inscribirse, porque de otro modo no podría ser inscrita la hipoteca. Como en la inscripción del contrato constarán las condiciones y se sabrá la extensión del derecho del que edificó, no ofrecerá dificultad la aplicación del referido nº 1º del art. 107."

**Apartado 5º:** "Podrán hipotecarse, pero con las restricciones que a continuación se expresan: Los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real, siempre que quede a salvo el de los demás partícipes en la propiedad".

Señalan los citados comentaristas (Galindo y Escosura: Comentarios a la Legislación hipotecaria... Cit. Pags. 184 y 185) "cómo las servidumbres y el dominio útil de una cosa tienen valor, pueden garantizar un crédito lo mismo que lo garantiza una finca. Pero los dueños de estos derechos reales sólo pueden gravar lo que les pertenece; y por ello, cuando hipotecan, queda a salvo el derecho que en la finca tiene el dueño de la propiedad". Afirman como "la Ley al consignar esto que llama restricciones, establece un derecho, no una formalidad; y por lo tanto exprésese o no en el título, que el derecho de los propietarios queda a salvo, siempre queda, y el título no adolece de ninguna nulidad. La Comisión creyó conveniente sentar el principio de un modo expreso, reconociendo que no era acto necesario, sino conveniente".

Mantienen que "el nº 5º del art. 107, no extiende la hipoteca a la propiedad, caso de que se consolidara con el derecho de superficie, como está determinado respecto del que hipoteca la propiedad cuando se consolida en su persona el usufructo: la razón es que cuando se grava lo accesorio, no puede arrastrar tras sí lo principal."

Finalizan el comentario al apartado 5º afirmando que "un tanto anfibiológica es la redacción: al decir que ha de quedar a salvo el derecho de los demás partícipes en la propiedad, parece que se refiere a ésta, y no es así: en nuestro concepto se refiere a los derechos de superficie; pastos, aguas, leñas y otros de semejante naturaleza que tengan los

El por qué de su preocupación al señalar las restricciones de las hipotecas y su referencia al derecho de superficie, o al derecho de edificar en finca ajena y el posterior contenido del precepto citado en su parte articulada, se debe a que la finalidad concreta de la Ley Hipotecaria es garantizar la propiedad y dar mayor certeza a las hipotecas y gravámenes recayentes sobre bienes inmuebles, para así poder ser conocidos por todos. Y, por consiguiente, que sea conocida la hipoteca del derecho de superficie como un derecho distinto del derecho de propiedad del suelo sobre el que recaé aquél.

Igualmente uno de los principios fundamentales del Registro de la Propiedad, es dar a conocer el contenido del estado civil de las fincas, como entidades jurídicas independientes y, por tanto, debe hacerse constar todas las modificaciones que puedan sufrir tanto en su condición física como en la jurídica.<sup>13</sup>

Digno de mención es que esta Ley, que supone un hito decisivo en materia de derechos reales inmobiliarios y cuya regulación tiene como uno de sus objetivos primordiales la inscripción de los mismos, no mencione la inscripción del derecho de superficie. Es el **Reglamento Hipotecario de 1863**, seguido por el **de 1870**, cuyo única misión es desarrollar la ley bajo la cual nace, el que en su art. 27, alude a la inscripción del derecho de superficie y a la necesidad de que se exprese con claridad la circunstancia de que el suelo pertenece a una persona y el edificio o plantación a otra.

El por qué de este artículo nos lo explica Oliver y Esteller,<sup>14</sup> afirmando que por diversas razones el dominio puede haberse disgregado de varios modos y en favor de personas

---

demás partícipes en la propiedad. Como el hipotecante no grava la propiedad, no es preciso salvar los derechos de propiedad de ningún partícipe."

<sup>13</sup> Oliver y Esteller: Derecho Inmobiliario...Cit. Pag. 604.

<sup>14</sup> Oliver y Esteller: Derecho Inmobiliario... Cit. Pag. 605.

distintas, por ello es indispensable que en el mismo folio o registro particular se hagan constar estas disgregaciones o derechos reales. La conservación del derecho real sobre el bien inmueble se hace depender, no de la voluntad del adquirente, sino de la del propietario del terreno.

Pantoja y Lloret,<sup>15</sup> señalan que en este caso especial hay que estar a lo que dispone el art. 32 de la Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a Registro. Según el citado artículo, y en desarrollo de los dos apartados del art. 107, se señala:

"que las escrituras que hipotequen edificios construidos en suelo ajeno, expresarán necesariamente esta circunstancia y además la de entenderse la hipoteca reducida al derecho que tuviere el dueño de lo edificado, y sin perjuicio del propietario del terreno.

Si lo que hipotecare fueren derechos de superficie, pastos, aguas leñas u otros semejantes, se declarará que quedan a salvo los derechos de los demás partícipes en el dominio."

Falcón Tellez va incluso más allá señalando la necesidad de que dicho derecho haya de hacerse constar en instrumento público e inscribirse en el Registro, para que surta sus efectos contra tercero.<sup>16</sup>

Por otro lado, las **Reformas de la Ley Hipotecaria de 1869, y la de 1909**, no modificaron el artículo 107, que continuaba siendo igual en sus dos apartados. No obstante, la Reforma del **Reglamento de 6 de Agosto de 1915**,<sup>17</sup> suprimió este precepto. Aunque fue la **Reforma de 1946**, actual Ley Hipotecaria, la que ha efectuado la supresión del

---

<sup>15</sup> Pantoja y Lloret (Ley Hipotecaria comentada y explicada, concordada con las leyes y Códigos extranjeros. T. II. Madrid. 1861. Pag. 435) recoge la Instrucción de 12 de junio de 1861 en su totalidad, redactada por Fernández Negrete. Dicha Instrucción no entra en vigor hasta el 1 de enero de 1862, junto con la Ley Hipotecaria.

<sup>16</sup> Falcón Tellez: Exposición doctrinal del Derecho Civil Español, común y foral. T. II. 2ª Ed. Salamanca. 1882. Pag. 301.

<sup>17</sup> Barrachina Pastor: Comentarios al Novísimo Reglamento Hipotecario de 6 de Agosto de 1915. T. V. Castellón. 1917.

apartado 1º del art. 107, y el último inciso del apartado 5º.<sup>18</sup>

En resumen, hasta este momento en la regulación hipotecaria lo único que se dispone en relación con el derecho de superficie es la posibilidad de que pueda ser objeto de hipoteca independientemente del suelo, y la obligación de hacerse constar separadamente cuando se inscriba el derecho de superficie, que el suelo pertenece a una persona y el edificio a otra.

En este estado de cosas, se publicó la **Reforma del Reglamento Hipotecario de 17 de marzo de 1959**,<sup>19</sup> que introduce un artículo nuevo, el 16. En él se regula el derecho de superficie, no limitándose a determinar los requisitos que deben contener los títulos en que se constituya a efectos de su inscripción, sino que añade precisiones sustantivas que han sido objeto de numerosas críticas.

#### B.- Evolución legislativa, doctrinal y jurisprudencial

El problema del carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie surge con la publicación de la Ley del Suelo de 1956. Con anterioridad a la misma no había ningún problema, pues el derecho de superficie, al igual que los restantes derechos reales, y en virtud del art. 609 del Código Civil, nacía por medio del título y el modo.

La primera Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 fue la que dispuso en su artículo

---

<sup>18</sup> Quedando como a continuación se indica: Art. 107 "Podrán también hipotecarse: -Apartado 5º: los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real."

Era lógica la supresión del último inciso del apartado, pues se basaba en la doctrina de la división de los dominios, hoy mayoritariamente superada en relación con el derecho de superficie.

<sup>19</sup> En su Exposición de Motivos se lee lo siguiente: "Mención especial merece el art. 16. La superficie, aparte de una ligera referencia del Código Civil, había sido objeto de ciertos artículos de la Ley del Suelo, pero era necesario el desenvolvimiento reglamentario de aquellos preceptos sustantivos que aliviaran la orfandad de una regulación precisa y permitieran traducir a la realidad figura jurídica tan sugestiva".

158 apartado 2º,<sup>20</sup> que como requisito constitutivo de su eficacia el derecho de superficie deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad.<sup>21</sup>

La cuestión consiste en determinar que quiere decir que como requisito constitutivo de su eficacia deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad. Por un lado puede pensarse, que una vez nacido como todo derecho real, a través del título y la tradición, para su eficacia frente a terceros, el derecho deberá inscribirse en el Registro. Y por otro lado, puede pensarse que el legislador urbanista, lo que ha querido señalar es el carácter constitutivo de este derecho, es decir, que el derecho de superficie cuando se constituye sobre suelo patrimonio del Municipio, como requisito de su existencia deberá inscribirse en el Registro.

En este estado de cosas, y al publicarse el Decreto de Reforma del Reglamento Hipotecario de 1959, el problema planteado en la Ley urbanística se agudizó. Y ello porque los términos del Reglamento fueron más contundentes al determinarse el carácter constitutivo del derecho de superficie en estos términos "para su eficaz constitución deberá inscribirse..." y detallando, a su vez, la forma y requisitos de tal inscripción. La cuestión quedó así zanjada, aunque consideramos que no acertadamente, porque con dicha expresión parecía que debía extenderse el carácter constitutivo de la inscripción a toda modalidad de derecho de superficie,<sup>22</sup> consistiendo tal diferenciación en el objetivo de nuestro estudio.

---

<sup>20</sup> Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956: Art. 158 apartado 2º: "En todo caso deberá ser formalizada en escritura pública y, como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad".

<sup>21</sup> Requisito que pasó a la posterior Ley del Suelo de 9 de abril de 1976, en su precepto 172 apartado 2º, donde se disponía que "como requisito constitutivo de su eficacia, deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad".

En la actualidad, el art. 288-2º de la nueva Ley del Suelo de 30 de junio de 1992, está redactado en idénticos términos.

<sup>22</sup> La inscripción constitutiva no era una cuestión desconocida, pues a través de las resoluciones se recogía como era abordado el problema en algunas legislaciones europeas. Así, la **R. de 27 de octubre de 1947**, (J.C. Parte II. 1947. Pags. 161 y ss) ante la falta

La expresión de la Ley urbanística de 1956 se ha ido reiterando en las sucesivas reformas de la Ley del Suelo, de 1976 y de 1992.

Aunque también es necesario hacer constar cómo, dentro de nuestro Ordenamiento, la Compilación Foral de Navarra, que como hemos visto a lo largo del trabajo recoge la modalidad urbana común de la institución superficiaria, determina su carácter declarativo. Así su Ley 428 señala que (el derecho de superficie) es inscribible en el Registro de la Propiedad, aunque no se determinen los elementos accidentales, como plazo de iniciación o terminación, características, presupuestos, mejoras, usos, explotación, destino o conservación de la obra a realizar. En ningún momento, por consiguiente, se propone la inscripción de este derecho como constitutiva, y lo que es más, que los requisitos señalados por el Reglamento Hipotecario pueden incluso no recogerse en el asiento de inscripción denominándoles como "accidentales", mientras que los mismos en el caso de la inscripción constitutiva de la modalidad urbanística, toman el carácter de fundamentales, al ser requisito de la validez del derecho la inscripción registral, teniéndose por inexistente lo no inscrito.

En cuanto al derecho de superficie constituido por la Administración seguirá, sin lugar a dudas, las normas de la Ley del Suelo y, por consiguiente, el carácter constitutivo de su inscripción para lo cual se regirá por el art. 16-1 del Reglamento Hipotecario.

No obstante, a partir de la publicación del mismo, un sector de la doctrina va a mostrarse partidario del carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie, o al menos de su modalidad urbanística, frente a aquellos que entienden que es imposible

---

de reglamentación de la institución, expone las características del derecho de superficie en la Ley austriaca de 1912 y en la Ordenanza alemana de 1919, señalando concretamente la necesidad de la inscripción del derecho en el Registro de la Propiedad que deberá ser practicada no en las hojas destinadas al inmueble sobre el que recaiga, sino también en folios propios e independientes.

asignar tal carácter a la inscripción.

Entre los autores que opinan que la **inscripción del derecho es de carácter constitutivo** se encuentra Mezquita,<sup>23</sup> quien tras la publicación de la Ley del Suelo y antes de la del Reglamento, advirtió que "requisito constitutivo de su existencia quiere decir como derecho real, ya que entre tanto sólo existirá una mera relación obligacional." Tras la publicación de la reforma del Reglamento Hipotecario surgen los partidarios del carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie en ambas modalidades. Así, Roca Sastre, que aunque apuntó la falta de corrección gramatical empleada por el art. 158 de la Ley del Suelo,<sup>24</sup> afirmó cómo se empleaba en sentido erróneo la expresión "(debe) como requisito constitutivo de su eficacia inscribirse en el Registro de la Propiedad". Dicho autor, que partía del indudable carácter constitutivo de la inscripción, en base a los preceptos vigentes (art. 158 de la L.S. y 16 del R.H.) mantenía que la fórmula empleada por la Ley del Suelo no era del todo correcta, pues en caso de inscripción constitutiva, tanto el título público como la inscripción son requisitos necesarios para la existencia del derecho y no sólo para su "eficacia".

También forman parte de este sector doctrinal Lucas Fernández,<sup>25</sup> Camy,<sup>26</sup> Chico,<sup>27</sup>

---

<sup>23</sup> Mezquita del Cacho: El derecho real de superficie en la Ley del suelo de 12 de mayo de 1956. R.D.P. 1957. Pag. 757.

<sup>24</sup> Roca Sastre: Ensayo sobre el derecho de superficie. RCDI. 1960. Pag. 46.

<sup>25</sup> Lucas Fernández: Aspectos civiles de la Ley del suelo. Murcia 1963. Pag. 72

<sup>26</sup> Camy Sánchez-Cañete: Comentarios a la Legislación Hipotecaria. T.IV. Pamplona. 1971. Pag. 120

<sup>27</sup> Chico y Ortíz: Teoría, práctica y fórmula de la calificación registral. Madrid 1977. Pag 149. Y en sus Estudios sobre Derecho Hipotecario. T. II. 2ª ed. Madrid. 1989. Pag 1049.



Campos Porrata,<sup>28</sup> Castán,<sup>29</sup> Amengual Pons,<sup>30</sup> Diez-Picazo y Gullón,<sup>31</sup> Cirilo Martín Retortillo,<sup>32</sup> O'Callaghan,<sup>33</sup> Puig Brutau,<sup>34</sup> De los Mozos,<sup>35</sup> Martín Blanco,<sup>36</sup> Tena

---

<sup>28</sup> Campos Porrata (El renacido derecho de superficie. A.A.M.N. T. 17. 1967... Cit. Pag.241) señala que "un derecho que se exterioriza con la posesión no necesita de la inscripción para su constitución y eficacia, y en un país como el nuestro, donde extensas zonas desconocen la inscripción, sería contraproducente y estéril imponerla como requisito esencial, en este derecho de la superficie, que inicialmente no tiene otra exteriorización que el título, y que, a pesar de su indivisibilidad, es un derecho real con eficacia erga omnes, no tiene, como la hipoteca, otro medio de publicidad que el que le proporciona la inscripción, que debe ser necesaria".

<sup>29</sup> Castán Tobeñas: Derecho Civil español, común y foral. Tomo 2º. Derecho de cosas. Volumen segundo. Los derechos reales restringidos. Decimocuarta edición, revisada y puesta al día por Pascual Marín Pérez. Reus. Madrid. 1988. Pag. 382.

<sup>30</sup> Amengual Pons: El derecho de superficie en la Ley del Suelo y en la Legislación Hipotecaria. R.C.D.I. 1979. Pag. 640.

<sup>31</sup> Diez Picazo y Gullón: Sistema de Derecho Civil. Vol III. Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral. 6ª ed. Tecnos. Madrid. 1990. Pag 472.

<sup>32</sup> Martín-Retortillo, Cirilo (El derecho de superficie según la Ley del Suelo. R.G.L.J. Madrid. 1963. Pag. 761), sigue en sus planteamientos a Roca, señalando como más acertada la fórmula empleada por el art. 16 del R.H. al preceptuar que "deberá inscribirse para su eficaz constitución".

<sup>33</sup> O'Callaghan Muñoz: Compendio de Derecho Civil. T. II. Derechos reales e hipotecarios. EDERSA. 2ª Ed. 1988. Pag. 242. Y también en, Comentarios al Código Civil. Arts. 1648 a 1650. Dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart. EDERSA. 1982.

<sup>34</sup> Puig Brutau: Fundamentos de derecho civil. T. III. Vol. II. 3ª ed. Bosch. Barcelona. 1979. Pag 156. Y actualmente se recoge también en su Compendio de Derecho Civil. T. III. Derechos reales e hipotecario. Barcelona. 1989. Pag. 347

<sup>35</sup> De los Mozos: El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbana. Ministerio de la vivienda. Madrid. 1974. Pag. 290. Da por supuesto el carácter constitutivo.

<sup>36</sup> Martín Blanco (Formas de propiedad de suelo urbano. El Derecho de Superficie. Documento Informativo. N° 952. Pag. 16) en sus conclusiones señala la necesidad del carácter constitutivo de la figura, cualquiera que sea su forma tanto voluntaria como obligatoria.

y Martín,<sup>37</sup> García García,<sup>38</sup> García-Arango y Díaz Saavedra,<sup>39</sup> Laso Martínez,<sup>40</sup> Cardenaba Coya y García Pumarino Ramos,<sup>41</sup> Cabello de los Cobos y Mancha,<sup>42</sup> Mesa Mar-

---

<sup>37</sup> Tena y Martín: Proyecciones del derecho de accesión en el registro de la propiedad. Curso de conferencias sobre derecho inmobiliario registral. (1951-1952). T.II. Ilustre colegio de Registradores de la Propiedad. Madrid. Pag. 127

<sup>38</sup> García García (Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. T.I. Civitas. Madrid. 1988. Pags. 577 y ss.) aún siendo conocedor de la diferenciación doctrinal del derecho de superficie urbanístico y el derecho de superficie urbano, llega a la conclusión de la existencia de la inscripción constitutiva en ambos supuestos, fundándose en que no sólo ha sido la Ley del Suelo la que ha regulado el derecho de superficie estableciendo de modo expreso la inscripción como constitutiva, sino también la Ley de Montes Vecinales en mano Común.

<sup>39</sup> García-Arango y Díaz Saavedra: El derecho de superficie con reversión parcial de lo edificado como solución aplicable registralmente al cambio de suelo por vuelo. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. pag. 508.

<sup>40</sup> Laso Martínez: El Derecho de superficie en el ámbito urbanístico. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pag. 548.

<sup>41</sup> Cardenaba Coya y García Pumarino Ramos (El Derecho de Superficie y el Registro de la Propiedad, en Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pag. 425) "es justificado e imprescindible el carácter constitutivo de la inscripción, al ser un derecho real de carácter inmaterial, sobre todo como tal derecho a edificar, antes del derecho de tener y mantener y disfrutar de lo edificado, y por que después de lo edificado sería normal atribuir la propiedad al dueño del suelo".

<sup>42</sup> Cabello de los Cobos y Mancha (Derecho de Superficie: Diversidad especificativa y régimen jurídico. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pag. 40) señalan la inscripción constitutiva puesto que sirve como "medio idóneo de salvaguardar los intereses mutuos del dueño del suelo y del superficiario, en el momento de la concesión del derecho y en tanto no se haya procedido a levantar el vuelo".

tín,<sup>43</sup> Burgos Bravo y Martín Martín<sup>44</sup> y, últimamente, Arnaiz Eguren,<sup>45</sup> quienes sostienen el carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie en ambas modalidades.

Otro sector doctrinal mantiene que **la exigencia de inscripción constitutiva es sólo y únicamente aplicable a la modalidad urbanística del derecho de superficie**, pero no a la que se basa en el régimen común del Código Civil. Esta última modalidad se registrará por el sistema general de constitución de derechos reales sin necesidad de inscripción registral. Entre otros autores se encuentran Guilarte Zapatero,<sup>46</sup> Albaladejo,<sup>47</sup> Lacruz,<sup>48</sup>

---

<sup>43</sup> Mesa Martín (El derecho de superficie: bosquejo. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pag. 569) establece que es un requisito *conditio iuris* para la vida del derecho.

<sup>44</sup> Burgos Bravo y Martín Martín (Problemas registrales del derecho de superficie y de la propiedad superficiaria. Ponencias y Comunicaciones Presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985) no lo mencionan siquiera, dandola por supuesta.

<sup>45</sup> Arnaiz Eguren: Los aparcamientos subterráneos. Notas sobre su organización jurídica y su acceso al Registro de la Propiedad. Civitas. Madrid. 1993. Pag 126, afirma que la "naturaleza constitutiva de la inscripción registral del derecho de superficie, que se establece directamente por el art. 158 de la Ley del Suelo de 1956, es lógica si el derecho se concibe como una institución censal, en la que además de no existir contacto posesorio con la finca por parte del titular del dominio residual, no se organiza una prestación real física y perceptible que haya de satisfacer el superficiario, al estilo de los censos tradicionales...creemos que dicha naturaleza constitutiva de la inscripción se piensa en interés del dueño del suelo, normalmente la Administración, en la medida en que carece, de las facultades de control que le corresponderían en el supuesto de la concesión administrativa".

<sup>46</sup> Guilarte Zapatero (El derecho de superficie. Aranzadi. Pamplona. 1966. pag. 231 y ss) mantiene un dualismo de criterios, aunque reconoce que inarmónico. De esta manera considera que la modalidad superficiaria urbanística requiere para su válida constitución como derecho real, la inscripción en el Registro de la Propiedad, por determinación expresa de la Ley del Suelo. La exigencia de la inscripción constitutiva para la creación del derecho real de superficie, del art. 16 sólo se aplica a la modalidad urbanística ya que lo contrario implicaría una modificación del art. 609 del C.C. Por último, cualquier derecho de superficie no afectado por la Ley del suelo, puede nacer válidamente como cualquier otro derecho real, sin necesidad de inscripción.

Santos Briz,<sup>49</sup> Fuentes Lojo,<sup>50</sup> Espín Cánovas,<sup>51</sup> Rodríguez García,<sup>52</sup> Peña,<sup>53</sup> Ruano Borella,<sup>54</sup> y Miquel Calatayud.<sup>55</sup>

---

<sup>47</sup> Albaladejo García (Derecho Civil.III. Derecho de Bienes. Vol. II. Derechos reales en cosa ajena y Registro de la Propiedad. 7ª Ed. Bosch. Barcelona. 1991. Pag. 223 y 224) concluye que el carácter constitutivo debe rechazarse en relación con el derecho general de superficie urbana que existía antes del Reglamento Hipotecario. Y señala el carácter constitutivo que tiene la inscripción en el Registro en el caso de la superficie urbanística que, desafortunadamente o no, exige la Ley.

<sup>48</sup> Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Delgado Echevarría, Rivero Hernández, Rams Albés y Mendoza Oliva (Elementos de Derecho Civil III. Derechos Reales. Vol. Segundo. Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad. 2ª ed. Barcelona. 1991. y otros. Pag. 278) señala que es precisa la inscripción del derecho del superficiario en la superficie urbana, pero es evidente que un precepto reglamentario no puede imponer para la constitución del derecho de superficie una formalidad que no exige el C.C.

<sup>49</sup> Santos Briz (Derecho Civil. Teoría y Práctica. Derecho de Cosas. T. II. EDERSA. Madrid. 1973. Pag. 618) quien afirma que el Reglamento "incurre en un exceso normativo y vulnera el dogma de libertad formal, introduciendo un requisito que en modo alguno desenvuelve un precepto o principio de la Ley para cuya ejecución está pensado. La inscripción de la superficie es meramente declarativa, y al adjudicarle superior alcance, se vulnera la tónica general del Derecho civil y desconoce la jerarquía de fuentes..".

<sup>50</sup> Fuentes Lojo: Suma de la Propiedad por apartamentos. Nueva problemática legal, doctrinal y jurisprudencial. Bosch. Barcelona. 1985. Pag. 391 afirma que "en realidad el superficiario lo será por el hecho de su constitución, cualquiera que sea la forma en que se haya establecido. Lo que no podrá hacer es valer los derechos de tal, frente a terceros, pero sí frente al concedente y a los terceros que no estén amparados en el Registro."

<sup>51</sup> Espín Canovas: Manual de Derecho Civil Español. Derechos reales. Vol. II. 3ª ed. Edersa. Madrid. 1981. Pag. 388.

<sup>52</sup> Rodríguez García: Retroprogresivismo jurídico y nuevos perfiles del Derecho de Superficie. A.C. 1988-2. Pag. 2956

<sup>53</sup> Peña Bernaldo de Quirós (Derechos Reales. Derecho Hipotecario. 2ª ed. U.C.M. Madrid. 1986. Pag. 332) señala el carácter constitutivo de la inscripción en la modalidad urbanística de derecho de superficie.

<sup>54</sup> Ruano Borella (Esquema de la regulación del Derecho de Superficie en el ordenamiento jurídico español. El derecho de sobreelevación y profundización. Aspectos sustantivos y registrales. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pag. 702 y 707) "el Código Civil para el derecho de superficie por él regulado no impone esta forma constitutiva."

En cuanto a la Jurisprudencia, baste señalar que no se ha tratado el problema de la inscripción del derecho de superficie en profundidad, pero considero que suficiente para establecer una línea de actuación. Así, la **STS. de 15 de junio de 1984**, podríamos decir que indirectamente niega la inscripción constitutiva del derecho de superficie pactado al amparo del Código Civil, al considerar bien constituido dicho derecho a través de un convenio privado y no necesitar su constitución la escritura pública, pues sólo la Ley del Suelo impone esa forma.<sup>56</sup> Así señala en su segundo considerando que:

"no requiera su necesaria constitución por medio de escritura pública, o sea a modo "ad solemnitatem", salvo concretos supuestos que así se establezca como vino siendo en normativa referida a la Ley del Suelo, rigiendo en consecuencia cuando esta exigencia no venga legalmente establecida, cual sucede en el presente caso, por las reglas generales que al respecto establecen los arts. 1278, 1279 y 1280 del Código Civil, y por tanto por el principio espiritualista de libertad de contratación...".

Posteriormente el T.S. en la **STS. de 6 de octubre de 1987** afirma la necesidad de la inscripción del derecho de superficie como cualquier derecho real con virtualidad erga omnes, pero sin declarar su carácter constitutivo.<sup>57</sup> Y sin entrar en discusiones sigue los preceptos legales manteniendo en su Cuarto Considerando que:

"No hay que olvidar:...d) por su carácter de derecho real con virtualidad erga omnes es inscribible en el Registro de la Propiedad -art. 2-2º y 107-5 de la Ley Hipotecaria y 16-1º

---

<sup>55</sup> Miquel Calatayud (Consideraciones sobre el Derecho de Superficie edificativo en el ordenamiento Jurídico español en Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pag. 596 y 597) quien declara "inscribible únicamente a la modalidad administrativa puesto que el Reglamento se adecua a lo que estableció la Ley del Suelo y por tanto no hay distorsión de técnica legislativa."

<sup>56</sup> La **STS de 15 de junio de 1984**, (Rep. Aran. 3243) establece que "el derecho de superficie tiene libertad de forma en su constitución, dado que existe aunque no se haya constituido en escritura pública, pues sólo la Ley del Suelo es la que establece la escritura como requisito ad solemnitatem, por lo que para los demás supuestos considera que está bien constituido el derecho de superficie en convenio privado, sin forma pública".

<sup>57</sup> **STS de 6 de octubre de 1987**, (Rep. Aran. 6720)

de su Reglamento... está sometido a un estatuto, cuya rigidez no encaja con las doctrinas propugnadas por la recurrente..."

#### C.- Revisión Crítica y Conclusiones

La Ley Hipotecaria de 1861 no establecía el carácter constitutivo de la inscripción de ningún derecho real. Actualmente, y tras su inclusión en el Código Civil, la Ley Hipotecaria únicamente dispone tal carácter constitutivo en relación con el derecho de hipoteca. El Código Civil, como regla general y en base a su art. 609, establece que los derechos reales nacen siguiendo la teoría del título y el modo. De esta manera, el Código Civil, que apenas se fijó en el derecho de superficie, tampoco asignó carácter constitutivo a su inscripción. Fue la Ley del Suelo de 1956 la que al utilizar, a mi juicio, una expresión en cierta medida dudosa dejó en el aire la posibilidad de tal carácter, el cual fue matizado por el Reglamento Hipotecario de 1959, que desarrolla y aplica el precepto de la Ley del Suelo. Expresión que ha sido recogida reiteradamente por las sucesivas Leyes del Suelo de 1976 y 1992. Posteriormente, la Compilación de Navarra en modo alguno establece el carácter constitutivo de la inscripción para el derecho de superficie, en su modalidad urbana.

La doctrina se encuentra dividida. En un primer momento, hubo quien se negó a mantener el carácter constitutivo de la inscripción señalándola únicamente como declarativa al igual que cualquier otro derecho real. Otros afirman el carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie en general. O, quienes al diferenciar la existencia de un derecho de superficie, bajo la regulación del Código Civil y denominándola "modalidad urbana común", consideran que su carácter es meramente declarativo, aplicándose únicamente el carácter constitutivo a la modalidad urbanística regulada por la Ley del Suelo.

La situación es, por consiguiente, bastante confusa, de ahí que tras exponer estos hechos sea necesario un estudio pormenorizado del problema.

La primera Ley del Suelo (que señalaba expresamente "como requisito constitutivo de su eficacia") puso de relieve la "eficacia frente a terceros" del derecho de superficie a través de su ingreso en el Registro de la Propiedad. Criterio que no ha sido modificado por sus sucesivas reformas.<sup>58</sup>

El legislador urbanista al disponer que es "requisito constitutivo de su eficacia",<sup>59</sup> no desconoce que la inscripción de cualquier derecho real en nuestro Derecho es requisito de oponibilidad o eficacia frente a terceros, pero en este derecho, especial por sus caracteres, condiciona su inscripción en el Registro para que tenga eficacia.

Considero necesario hacer constar que ni en la primitiva Ley del Suelo ni las posteriores modificaciones, donde se pudo haber aclarado al menos tal criterio, se ha afirmado de forma tajante el carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie, aunque sólo fuera en la modalidad que regula, sino que al contrario se utiliza siempre la misma expresión. Cuestión que en cierta medida puede resultar asombrosa, pues al ser un tema importante que ha dado origen a tanta literatura jurídica con posterioridad, ni siquiera fue, ni ha sido en reformas posteriores, objeto de comentario alguno ni siquiera en la Ponencia de la Comisión previa a la redacción de las leyes, tal y como se pone de

---

<sup>58</sup> No hay duda de que la Ley urbanística, para su modalidad, sí puede disponer el carácter constitutivo del derecho de superficie. Y ello porque el art. 609 del C.C. al hablar de los diferentes modos de adquirir los derechos reales, se refiere expresamente a la Ley. Por ello es justificable otorgar el carácter constitutivo de la inscripción en esta modalidad, pues es ella la que configura a la inscripción como requisito legal de existencia del derecho de superficie ("para su eficaz constitución respecto a terceros").

<sup>59</sup> Debemos distinguir, aunque puede resultar obvio, que no es lo mismo utilizar la expresión "eficaz constitución del derecho de superficie" que "constitutivo de su eficacia". La primera expresión puntualiza que la inscripción del derecho en el Registro es requisito de existencia (eficacia y validez), otorgándose el carácter constitutivo del derecho a la inscripción. Por otro lado, señalar que la inscripción es requisito "constitutivo de su eficacia", equivale a otorgar únicamente un carácter constitutivo a los efectos que frente a terceros que produce, y que la inscripción declarativa también otorga.

relieve en el Diario de Sesiones del Congreso. Mientras que, por otro lado, fueron objeto de un debate pormenorizado los otros apartados del citado precepto 158 de la Ley del Suelo de 1956.

Los autores hipotecaristas, tres años más tarde con motivo de la reforma del Reglamento Hipotecario, viendo también la dificultad del problema y tal vez por los términos dudosos empleados en la legislación urbanística, y al ser el ámbito propio del Reglamento la publicidad registral, optaron por otorgar carácter constitutivo a la inscripción del derecho de superficie, aunque extralimitándose y realizándolo con carácter general.

De esta forma, la inscripción va a pasar de ser únicamente "un requisito constitutivo de su eficacia" en la Ley del Suelo, a ser un requisito constitutivo de existencia (validez y eficacia) en el Reglamento Hipotecario, tal y como se señala con estos contundentes términos: "para su eficaz constitución". Esta normativa, que supuso una modificación sustancial en nuestro sistema inmobiliario, más que producir ventajas no trajo más que problemas. Y ello porque, en primer lugar, no es posible considerar que un Reglamento, cuya principal finalidad es el desarrollo de la Ley, pueda superar el criterio marcado en la Ley Hipotecaria, que establece únicamente con carácter constitutivo la inscripción del derecho de hipoteca. En realidad, para imponerse el carácter constitutivo de la inscripción en el derecho de superficie, debía haberse realizado una modificación de la Ley Hipotecaria y no realizarse por medio de la vía reglamentaria, dando lugar a un *reglamento contra legem*.

Problema más importante, consiste en que con su afirmación, el Reglamento Hipotecario impone el carácter constitutivo de la inscripción no sólo a los derechos de superficie creados al amparo de la Ley del Suelo, es decir, lo que la doctrina ha considerado como modalidad urbanística; sino que al ser el Reglamento Hipotecario quien



claramente lo asigna, se impone tal carácter de la inscripción en relación con todos los derechos de superficie en general, incluyendo a la modalidad urbana común que nace dentro del ámbito del Código Civil, al amparo del art. 1255. Esto significa que destruye uno de los fundamentos de nuestro Ordenamiento Jurídico, en relación con el derecho de superficie, que es la constitución de los derechos reales en base al título y el modo. Según dicho principio, será válida la adquisición del derecho de superficie en su modalidad urbana común, por el superficiario, siempre que el dominus soli tenga la propiedad y la posesión del suelo y entregue ésta a través de la tradición, junto con el título.<sup>60</sup>

En consecuencia la publicación del Reglamento Hipotecario vino a aumentar los problemas de la institución en sí. Pues, ¿qué significa otorgar carácter constitutivo a la inscripción del derecho de superficie?, ¿qué resultados produce?, ¿qué soluciona?. La resolución a todos estos interrogantes supone preguntarse acerca de porqué la necesidad y exigibilidad de la inscripción para la constitución del derecho de superficie.

En primer lugar debemos señalar que establecer el carácter constitutivo de la inscripción significa que es la propia inscripción la que crea el derecho de superficie, es decir, es requisito de su existencia (validez y eficacia). De forma que, la inscripción crea el derecho real. El derecho no puede surgir del simple negocio jurídico, sino que éste necesita la inscripción para que nazca la relación jurídica real. Su función es paralela a la de la tradición en los casos en que ésta es necesaria. La tradición, junto con el título es requi-

---

<sup>60</sup> Es acertada a mi juicio, la opinión de Amorós Guardiola (La Publicidad registral de los préstamos hipotecarios. La transmisión de la finca hipotecada. Centro de Estudios Hipotecarios Madrid. 1992. Separata. Pag. 33) cuando señala que "la publicidad registral debe tener valor constitutivo cuando no cabe posesión ni tradición. Idea ésta, que refleja un principio general de nuestro Derecho Registral. Aunque la evolución de nuestra legislación no haya llegado todavía a recoger esa evidente realidad."

Lo que pasa es que en el derecho que estamos estudiando si hay posesión aunque ésta, por un breve periodo, puede no estar materializada y este es el problema que vamos a analizar a continuación.

sito exigido para la adquisición del derecho real. De igual modo la inscripción constitutiva complementa al contrato o negocio jurídico originador, y es necesaria para el nacimiento del derecho real.<sup>61</sup> Así, se inscribe no el derecho ya nacido, sino el acto o contrato generador del mismo. El derecho nace por la inscripción y se publica por medio de ella. Antes de la inscripción existen únicamente declaraciones de voluntad pero no existe el derecho resultante de las mismas. El derecho queda en suspenso hasta su inscripción. Hay título (escritura pública) pero no modo (inscripción).

La inscripción constitutiva no es un mero requisito formal, como instrumento de publicidad que es, no puede confundirse con la forma del negocio, (que es, la escritura pública -pues conforme al art 3 L.H. la escritura pública es el instrumento formal necesario para la inscripción-) que opera aquí como forma documental exigida por la ley para posibilitar la inscripción del derecho, es decir, como forma del elemento constitutivo.<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> Y ello porque ambas, tradición e inscripción son dos manifestaciones de la Publicidad. Una u otra son, en todo caso, necesarias para el nacimiento de los derechos reales en el sistema español, (la tradición unida al título en todos los derechos reales, y la inscripción únicamente en el derecho de hipoteca), a diferencia de otros sistemas, como el francés, en que basta el consentimiento contractual para la producción de efectos jurídico-reales.

<sup>62</sup> Lacruz (La forma constitutiva en la hipoteca mobiliaria y en la prenda sin desplazamiento. AAMN. 1962 Pag. 361) señala que la inscripción constitutiva se limita únicamente a constituir, a ser una forma solemne del negocio jurídico, pero no necesariamente una forma de publicidad. Recogemos esta tesis, porque en un primer momento, hubo autores, como **Núñez Lagos** (aunque posteriormente, rectificó esta postura en El Registro de la Propiedad español. R.C.D.I. 1949. Num. 251. Pag 222) y **Sanz Fernández** (Instituciones de Derecho Hipotecario. T.I. Madrid. 1947. Pag. 242) que centraban todo el efecto constitutivo de los derechos en la escritura pública, es decir, en el elemento formal del derecho.

Del análisis de estas palabras se desprende la confusión existente entre **forma** del contrato y **publicidad** del mismo. Hay que distinguir entre forma, escritura pública como elemento formal del consentimiento negocial antecedente de los derechos de inscripción constitutiva, y, la inscripción como elemento de publicidad del mismo negocio que tiene en estos casos valor constitutivo.

Hoy, no cabe hablar de escritura pública como elemento final constitutivo del derecho de inscripción constitutiva, ni como forma del acto constitutivo, ni como forma

Las partes no pueden renunciar a su inscripción, ni tampoco el cumplimiento de este requisito puede ser eliminado por voluntad de una de las partes, ya que si no naciera el derecho. Tampoco se reproduce en la inscripción, de una manera mecánica, la voluntad contenida en el negocio jurídico, pero esto no significa que sea necesaria otra declaración de voluntad. Ni aquella es un requisito independiente, sino que es el requisito único y definitivo de la existencia del derecho cuya inscripción es constitutiva.

¿Qué ocurre con los pactos no inscritos y qué efectos producen en estos casos de inscripción constitutiva? Evidentemente los pactos no inscritos se tendrán por inexistentes, a efectos de terceros, ya que no han sido inscritos y no han nacido a la vida jurídica, al menos desde el punto de vista del derecho real cuya regulación contractual integran. ¿Y entre las partes?. Únicamente producirán eficacia obligatoria, pues la escritura pública es únicamente una forma negocial donde se contienen las declaraciones de voluntad de las partes, pero sin que el derecho resultante de las mismas exista todavía.<sup>63</sup> En cuanto a la

---

de publicidad del mismo. García García (Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario... Cit. Pags 41 y 42) recoge la distinción entre forma y publicidad. La forma es una exteriorización de la voluntad que se declara a través de la palabra o por escrito. Se refiere a la declaración de voluntad en que consiste el negocio jurídico. En cambio, la publicidad opera cuando ya se ha producido la forma en el negocio jurídico. Primero es la forma del acto y luego sobre la base de una forma pública, está la publicidad de la situación jurídica resultante del acto. La forma la efectúan las propias partes del negocio jurídico; mientras que la publicidad se realiza a través de la exteriorización del acto en unos libros y asientos. La forma afecta a las partes, y la publicidad tiene una eficacia relevante frente a los terceros.

<sup>63</sup> De esta forma, el contrato de concesión del derecho de superficie, en su modalidad urbana, es un negocio jurídico que será válido (siempre que reúna los requisitos exigidos por la Ley) sin necesidad de su inscripción, produciendo desde el momento en que se pacta, eficacia meramente obligatoria. Sin embargo, el derecho de superficie urbanístico, será inexistente sin inscripción, naciendo jurídicamente desde que ésta se lleva a cabo y produciendo desde ese mismo momento eficacia real.

Así, si alguna de las partes se negara con su contraria voluntad a inscribir, la otra parte que tendrá copia del documento, podrá solicitar la inscripción del mismo en el Registro, y entonces nacerá validamente el derecho. Por consiguiente, la negativa de una parte no deberá producir efecto alguno al poder la otra solicitar la inscripción.

eficacia frente a terceros, es importante conocer la determinación del momento en que se produce la concesión del derecho, la transmisión de la propiedad superficiaria..., siendo el dato jurídicamente relevante el de la fecha de nacimiento del derecho en cuestión, (es decir, el de la inscripción y no la del contrato).<sup>64</sup>

Desde el punto de vista formal, la inscripción constitutiva produce una plena concordancia entre los datos físicos y jurídicos del inmueble y los asientos registrales.<sup>65</sup>

Pero, en relación con el derecho de superficie en su modalidad urbanística ¿por qué el legislador insiste en establecer la inscripción constitutiva? En principio, podría pensarse que por los especiales caracteres del derecho de superficie (tanto en la modalidad urbana común como en la urbanística), en concreto, por su falta de apariencia posesoria durante el periodo existente desde que se pacta la constitución del mismo, hasta que se comienza

---

Del mismo modo, los acontecimientos posteriores que surgan tras el otorgamiento del contrato (incapacidad sobrevenida o muerte de alguno de los contratantes, o revocación del poder de representación con que actúa uno de los intervinientes, cuando se producen en el interin entre el momento de celebración del contrato y su posterior inscripción en el Registro, podrá acceder a éste e inscribir su derecho porque el acto es anterior a la incapacitación) no afectan a su validez, salvo en casos excepcionales.

El contrato no adolece de vicios, y, por consiguiente, podrá inscribirse para que nazca validamente el derecho real de superficie previamente pactado entre las partes. Hay escritura pública pero no inscripción. El derecho no nace. El tercero tiene una escritura, pero no un derecho real, aunque sí una vocación al derecho real que puede quedar defendida mediante la práctica de asiento de presentación del título o de anotación preventiva por defecto del título.

<sup>64</sup> Si la fecha del contrato de superficie es la de su formalización, (plano contractual), la del nacimiento del derecho de superficie es la de su inscripción (plano de la relación contractual o del derecho real).

Así lo expone Amorós (La publicidad registral de los préstamos hipotecarios... Cit. Pag. 35) en relación con la hipoteca.

<sup>65</sup> Problema hasta ahora irresoluble a juicio de Pau Pedrón (Eficacia y publicidad de los derechos reales inmobiliarios... Cit. Pag. 3372), ya que los datos físicos de los inmuebles si se quiere que consten con precisión en el Registro han de proceder de un organismo topográfico oficial, el cual "tiene una función fiscal, y el cumplimiento de esta función requiere una permanente actualización jurídica: necesita obtener los datos jurídicos de las titularidades inmobiliarias".

a realizar la edificación, pues a efectos de terceros no se sabe si "el vuelo" es del propietario del suelo o del superficiario.

Otra razón importante, y a mi juicio en la que estaba pensando el legislador urbanista, es que al hablar de ésta modalidad estamos haciendo referencia a aquellos derechos de superficie que se constituyen sobre suelo integrante del Patrimonio Municipal. A la Administración, es evidente, que en todo momento le interesará asignar el carácter constitutivo al derecho que recaé sobre su suelo, para que la propiedad del mismo sea conocido por todos. Con la concesión del derecho la Corporación Municipal se va a convertir en poseedora mediata, cuyo derecho de propiedad, debido a los especiales caracteres del derecho de superficie, podría parecer inexistente. De ahí que sea conveniente la inscripción constitutiva, en base a lo establecido por el legislador, para hacer constar su derecho de propiedad, y que la edificación del superficiario está realizada sobre suelo patrimonio del Ayuntamiento. Pero también que la duración de la propiedad superficiaria, (base de la reversión a la Administración) tiene imperativamente un carácter temporal y, al igual que los derechos o gravámenes que recaigan sobre ella. Así como constatar la facultad de disposición del superficiario sobre su propiedad, y lo que es más importante aún, sus limitaciones. Además, en cierta medida, la Corporación Municipal a través de la inscripción controla el ejercicio del gravamen que se ha impuesto y del cual surge la propiedad superficiaria. De ahí, precisamente, que el Reglamento Hipotecario detalle minuciosamente una serie de requisitos que deben constar en la inscripción y que no deberían ser tan imprescindibles, como, por ejemplo, las características generales, el destino y costo del presupuesto de la propiedad superficiaria. Circunstancias que por la posición que ocupa el superficiario deben ser inscritas para que sean conocidas, oponibles a terceros, de manera que el adquirente se subrogue en su posición. De ahí que el Reglamento Hipotecario,

aproveche y establezca su constatación registral en el asiento de inscripción.

En cierta medida el legislador urbanista ha condicionado la creación y nacimiento del derecho de superficie, en su modalidad urbanística, a la calificación del Registrador, quien deberá examinar las cláusulas del contrato normalmente de adhesión, no solamente calificando la validez previa del contrato donde se incluye el derecho, sino también su eficacia real, pues sólo accederán al Registro las cláusulas o condiciones con transcendencia real u oponibles y no las meramente obligatorias.

Por otro lado, debemos abordar la cuestión de determinar si la falta de posesión del superficiario durante un corto periodo de tiempo haría necesario el cambio del sistema en el Código Civil, otorgándose el carácter constitutivo con carácter general, o puede ser suplido por otras vías. En otras palabras, si es necesario asignar el carácter constitutivo a la modalidad urbana común del derecho de superficie.

Para que el derecho real de superficie en esta modalidad nazca tienen que existir los dos requisitos exigidos por el propio Código Civil en su art. 609, título y tradición. Es necesario que el dueño del suelo tenga la posesión de la finca y la entregue, a través de la tradición, al superficiario junto con el título. El titular del derecho real adquiere el derecho de edificar y mantener sobre la finca ajena la construcción, y, a su vez, un derecho de propiedad sobre la construcción superficaria que se alze. ¿Qué ocurre? Pues que el titular del derecho de superficie, tiene la posesión del suelo ajeno, que le ha sido entregada junto con el contrato. Existe una inmediatez de la tradición posesoria, aunque también existe una falta de apariencia posesoria -siempre a efectos de terceros-, que no se materializa hasta que, por ejemplo, no se lleven los materiales de construcción o no se inicia la edificación.

Y aquí es donde reside precisamente, el problema fundamental, en esta falta de apariencia

posesoria que seguidamente analizaremos.

El titular de un derecho real de superficie tiene la potestad directa e inmediata sobre el vuelo y además sobre el suelo ajeno -del dominus soli-, pudiendo ejercitar la posesión, y así, satisfacer su interés principal que es el edificar y mantener la edificación superficiaria. De manera que, aún sin contacto directo con el suelo ajeno, existe su posesión (no es necesaria una aprehensión inmediata posesoria de la superficie, pues existe una posesión del derecho), a través del título, aunque el problema radica en este caso que puede que incluso éste no exista. La situación del superficiario es semejante a la de un poseedor mediato del suelo ajeno, del cual el propietario del mismo es poseedor inmediato. Pero es que el superficiario puede demostrar la posesión del suelo ajeno no materialmente, pues no ha edificado aún, pero sí en base al art. 438 del C.C. es decir, a través de la traditio ficta (posesión embebida en la escritura pública, si esta existe),<sup>66</sup> pues que no haya materialización de la posesión durante un corto periodo de tiempo,<sup>67</sup> no significa que no haya inmediatividad de la tradición posesoria.

---

<sup>66</sup> En la modalidad urbanística no hay ningún problema en determinar que será necesario la formalización previa en escritura pública del acuerdo de voluntades, con anterioridad a la inscripción constitutiva del derecho.

Pero en la modalidad urbana ¿se exige o no escritura pública?. En principio debería existir la regla general de libertad de forma, además no olvidemos que la Jurisprudencia, en la **Sentencia de 15 de junio de 1984**, establece que el derecho de superficie tiene libertad de forma en su constitución, dado que existe aunque no se haya constituido en escritura pública, pues sólo la Ley del Suelo es la que establece la escritura como requisito ad solemnitatem, por lo que para los demás supuestos considera que está bien constituido el derecho de superficie en convenio privado, sin forma pública.

<sup>67</sup> El plazo para la edificación, y por tanto de falta de materialización de la propiedad superficiaria, obtenido por el superficiario es muy corto. La primera Ley del Suelo imponía un plazo de duración de 5 años; en la reforma de 1976 se establecía el plazo otorgado en el Plan General, y por último, en la actual Ley del Suelo con un criterio muy acertado, a mi juicio, señala que el plazo será el establecido en la licencia urbanística, y que no sólo afecta a la modalidad urbanística sino que se aplica a todo derecho de superficie en general porque se trata del derecho a edificar regulado por la Ley del Suelo.

Al igual que, una vez que ha construido el superficiario y no posee materialmente su propiedad superficiaria, no debe pensarse que la misma sin más pertenece al dueño del suelo. Y ello porque en ambos casos aquél está legitimado como poseedor para proteger su posesión a través de los interdictos, ya sea para mantener su situación posesoria como para la restauración de la misma si le ha sido despojado, (no sólo por un tercero ajeno a la relación, sino incluso también por la actuación de su padre, propietario del suelo y poseedor inmediato del mismo durante el periodo de inmaterialidad del derecho de superficie). En base a estas afirmaciones podemos señalar que existe "cierta" publicidad posesoria (implícita en la traditio ficta). Sin embargo, como hemos dejado constancia, existe una falta de apariencia posesoria, importante sobre todo a efecto de terceros: primero, desde la perspectiva del superficiario, en relación con la superficie desde el momento en que se concede el derecho hasta que se procede a la edificación, y, posteriormente, desde la perspectiva del concedente, pues cuando el titular del derecho real ha edificado, se puede creer que el superficiario es dueño del suelo y del vuelo. En consecuencia la cuestión radica única y exclusivamente en que los terceros conozcan la existencia del derecho en estos supuestos de inmaterialidad.

La cuestión a determinar se centra en la conveniencia de la inscripción constitutiva del derecho para dotarle de la necesaria exteriorización,<sup>68</sup> o si con la inscripción declarativa

---

<sup>68</sup> García García (Derecho Inmobiliario... Cit. Pag.578) aboga también por el carácter constitutivo de la inscripción con carácter general, sustentado en esta falta de inmaterialidad. Pero además invoca como argumento de mayor fuerza el artículo 4-1º C.C. que establece la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón. así señala que "dos leyes totalmente diferentes, como la Ley del Suelo por un lado, y la Ley de Montes vecinales en mano común, por otro, han regulado el derecho de superficie estableciendo en modo expreso la inscripción como constitutiva... En la insistencia del legislador en la inscripción constitutiva del derecho del derecho de superficie en dos supuestos diametralmente opuestos, únicos en los que se ha planteado la cuestión, induce a pensar que hay una singularidad del supuesto concretamente regulado, y ello obedece a



se cumple este requisito.

Esta cuestión nos conduce a plantearnos si sería aconsejable que se impusiera de *lege ferenda* por el legislador la inscripción de carácter constitutivo para la modalidad urbana común.

Si bien es cierto que para la perfecta constitución del derecho real se requiere la tradición o el traspaso posesorio así como para la producción de efectos jurídicos reales, también es cierto que en el derecho de superficie se produce esta posesión, como ya hemos estudiado, pero su apariencia no es muy nítida sobre todo a efectos de terceros.

No obstante, al ser un derecho real cuya posesión no aparece claramente diferenciada del derecho de propiedad del suelo sobre el que recaé, y, al ser por ello necesario el requisito de inmediatividad implícito, generalmente, en la tradición posesoria, sería conveniente obtener la publicidad derivada de la inscripción registral.

Como consecuencia de esta falta de exteriorización en estos dos supuestos planteados, sería conveniente que de *lege ferenda* se estableciera, a través de la vía legal adecuada, también para esta modalidad urbana común el carácter constitutivo de la inscripción.

---

la figura especial del derecho de superficie, más que a la especialidad urbanística o a la especialidad de la Ley de Montes vecinales en mano común. No hay ninguna razón urbanística ni de la Ley de Montes vecinales en mano común para establecer la inscripción constitutiva del derecho de superficie. La única razón tiene que ser la inmaterialidad del derecho de superficie, que exige que tenga una publicidad registral para su constitución, con independencia de la modalidad de que se trate".

### 3- Objeto de la inscripción.

Estudiando cual es el objeto de la inscripción en el derecho de superficie, podría plantearse la duda de si lo que se inscribe es la propiedad superficiaria, o es el *ius aedificandi*.<sup>69</sup> Resulta, a mi juicio, evidente que no se inscribe el edificio en si, pues forma parte integrante del derecho de superficie, siendo además incapaz de constituir una relación jurídica autónoma. Tampoco se inscribe únicamente el *ius aedificandi*, entendido como la facultad única y abstracta de edificar. Y ello porque si el derecho de superficie es la facultad de tener y de mantener en terreno ajeno la propiedad de la edificación, si el edificio ya estuviese construido, ¿cuál sería el objeto de la inscripción? Si pensáramos que se inscribe tan sólo la propiedad superficiaria, supondría identificar al derecho de superficie con la propiedad del edificio, cuando en realidad el derecho es más amplio que la mera propiedad del mismo.<sup>70</sup>

En realidad, se practica la inscripción del derecho de superficie pactado entre las partes contratantes,<sup>71</sup> con el conjunto de facultades que lo integran; y, con posterioridad, la inscripción de la edificación cuando esté ya realizada,<sup>72</sup> y, la propiedad superficiaria

---

<sup>69</sup> Cuestión previa que expone Fosar Benlloch: Problemas registrales que plantea la modalidad urbanística del derecho de superficie. A.D.C. 1958. Pag 853.

<sup>70</sup> Cuando nos referimos a derecho de edificar, no olvidemos que el derecho puede constituirse tanto sobre la superficie, como debajo de ésta. (Aparcamientos de automoviles, cuartos trasteros, e incluso, galerías comerciales o viviendas).

<sup>71</sup> El derecho de superficie es el soporte de la propiedad superficiaria, tanto en el supuesto de que se haya realizado ya la construcción y el derecho se constituya únicamente para mantener la edificación en suelo ajeno, como para el supuesto de que el derecho nazca para la construcción de la edificación. Recogemos las palabras de Mesa Martín (El derecho de superficie. Bosquejo. Ponencias... Cit. Pag. 566), quien afirma que "el derecho a hacer es el instrumento para conseguir un resultado, sobre el cual converge el derecho".

<sup>72</sup> Una vez realizada la edificación, se deberá inscribir ésta a través de la correspondiente declaración de obra nueva, (regulado en el art. 37-2º de la Ley del Suelo de 30 de junio de 1992, cuyo antecedente inmediato es el art. 25 de la Ley 8/90 de 25 de julio,

sobre la misma, así como las ulteriores vicisitudes de esa titularidad.

En relación con el objeto de la inscripción cuando estemos ante los derechos de sobreedificación y subedificación superficiarios, estará compuesta por el derecho de superficie cuyo objeto es la sobreedificación o subedificación, fase que abarca desde la concesión del derecho hasta la realización de la obra; y, por otro lado, la propiedad separada de las nuevas plantas, a través de la declaración de obra nueva. Lo que tendrá lugar si el edificio base está terminado, o en construcción.<sup>73</sup> Y todo ello porque la viabilidad

---

sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del Suelo); y así, debe constar en el Registro que se ha cumplido con la obligación de edificar, pues no debemos olvidar que ésta es una de las causas de extinción del derecho de superficie: no haberse edificado en el plazo previsto. (art. 289 apartado 1º L.S: "el derecho de superficie se extinguirá si no se edifica en el plazo previsto, de conformidad con el art. 35-1º de esta Ley.").

<sup>73</sup> El edificio puede encontrarse en alguna de estas tres fases:

**-Edificio terminado:-** Previa inscripción del solar.

- Inscripción del edificio base.

- Inscripción de los derechos de sobreedificación y subedificación superficiarios. La cual tendrá lugar en el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal, tanto si la reserva se realiza por el propio constructor, como si son los derechos que se reservan los adquirentes de los pisos para una enajenación a un tercero.

Si el edificio no está en régimen de propiedad horizontal, deberá procederse a tal división, tal como expresamente señala el apartado 2º del art. 16 R.H. al ser necesario hacer constar en la inscripción la asignación de cuotas que correspondan a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes.

- Inscripción de las nuevas plantas.

**-Edificio en construcción:** -En base a la Resolución de D.G. R.N. de 5 de XI de 1982, "para la inscripción de la constitución en régimen de P.H. de un edificio en construcción, conforme a lo dispuesto en el art. 8-4 de la Ley Hipotecaria, no es preciso que esté iniciada la construcción de cada uno de los pisos, basta con que lo esté el edificio". Así pues, parecía factible la existencia de esta modalidad superficiaria cuando constase en el Título constitutivo de la P.H. aunque las plantas, soporte físico de tales derechos, no estuviesen comenzadas.

Tras la Ley 8/90 sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo, se aclaró este planteamiento en el art. 25-2. En la actualidad, la Ley del Suelo de 30 de Junio de 1992, el art. 37 apartado 2º posibilita la inscripción de un edificio en construcción. Y ello porque dispone que para las escrituras de declaración de obra nueva en construcción, deberá acompañarse a la licencia de edificación la certificación del técnico competente acreditativa de que se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia, y debiendo el propietario de la edificación hacer constar su terminación mediante acta notarial que incorporará la certificación de la finalización de la obra.

de estos derechos comienza cuando el derecho de propiedad ya está previamente estructurado en régimen de propiedad horizontal, ya sea éste potencial o al menos se establezcan unas bases previas para la futura configuración.<sup>74</sup>

---

-En cuanto al **edificio meramente proyectado**: - Siguiendo la Resolución de la D.G.R.N. de 13 de mayo de 1987 "no es inscribible la división horizontal de un edificio cuya construcción esté meramente proyectada" y, por tanto, no puede servir de base a los derechos de sobreedificación y subedificación.

Aunque, Ballesteros Alonso (Derecho de vuelo. El derecho de sobre y subedificación. R.C.D.I. Num. 612. Sep-Oct 1992. Pags. 2055 y ss) señala que la L.H. en su art. 8 posibilita que la inscripción de la propiedad horizontal cuando el edificio esté meramente proyectado, bastando con que las obras estén comenzadas (existencia del proyecto visado por el Colegio de Arquitectos y la correspondiente licencia), y, por consiguiente, también se debe aplicar al derecho de vuelo que en definitiva conduce a la consecución de la Propiedad Horizontal.

<sup>74</sup> García Arango y Díaz Saavedra (La protección registral de los contratos sobre inmuebles futuros o en construcción. Ponencia del Primer Congreso Internacional de Derecho Registral. R.C.D.I. Num. 501. 1972. Pag. 308) mantienen que el Registro no sólo constata titularidades jurídico reales definitivas sino también situaciones interinas o provisionales, siempre que la titularidad definitiva a que se encaminen tengan naturaleza jurídico real inmobiliaria.

Citan expresamente, como ejemplo de las mismas, el derecho de sobreedificación y subedificación (aunque sin carácter superficiario), y, concluyen, que no por ello se produce una desviación o desnaturalización de la misión propia del Registro, el cual está destinado a la protección de las titularidades definitivas, pues el Derecho y el Registro deben tener en cuenta situaciones de interinidad de gestación de futuras titularidades plenas que necesitan como garantía para llegar a término y alcanzar existencia perfecta del cauce de la protección registral.

La inexistencia actual del edificio construido implica la falta de objeto actual del derecho real y, en consecuencia, la inexistencia de éste (no olvidemos que nos estamos refiriendo a situaciones provisionales y futuras -prehorizontalidad).

## **II.- REQUISITOS ESPECIFICOS DEL ASIENTO DE INSCRIPCION DEL DERECHO DE SUPERFICIE**

### **1.- Breve exposición doctrinal de las cuestiones registrales con anterioridad a la publicación del art. 16-1 R.H.**

Con anterioridad a la publicación de la Reforma del Reglamento Hipotecario hubo algunos autores, que mencionaron la necesidad de hacer constar una serie de requisitos del derecho de superficie.<sup>75</sup> Para ellos era imprescindible, por analogía a la enfiteusis y aplicación del art. 1629 del Código Civil, la determinación del valor de la finca y del importe de la pensión que debía satisfacerse.

Posteriormente, en 1958, Fosar Benlloch,<sup>76</sup> planteaba la necesidad de que constase en la inscripción del derecho de superficie, la enumeración de una serie de requisitos. Recogía como circunstancia importante la determinación del canon solarío, las particularidades de la indemnización del valor del edificio al tiempo de la extinción del derecho (reversión gratuita de lo edificado al dominus soli al extinguirse el derecho, o el precio de la misma), el derecho a edificar en fundo ajeno y la adquisición de la propiedad de lo edificado por el superficiario, el plazo de duración del derecho, la expresión de las modalidades especiales que revistan, y el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto.

Del mismo modo afirmaba que había determinadas circunstancias, ya sean por su importancia ya por ser establecidas en la Ley del Suelo (como el modo y plazo de la construcción, la obligación de conservar el edificio, la prohibición de deteriorarlo, de asegurarlo contra todo riesgo y demás pactos), que al ser de carácter puramente personal

---

<sup>75</sup> Borrell y Soler: Derecho Civil español. T.II. Derechos Reales. Barcelona. 1955. Pag. 621.

<sup>76</sup> Fosar Benlloch: Problemas registrales que plantea la modalidad urbanística del derecho de superficie... Cit. Pag. 854.

no debían tener acceso al Registro, tal y como imperativamente señalaba el art. 51-6º R.H. Pero matizaba Fosar que el concedente podía garantizar registralmente todas estas cláusulas frente a posteriores superficiarios, incluyendo la infracción de las mismas como condición resolutoria, la cual era perfectamente inscribible (criterio que primó en el R.H. de 1959, como a continuación vamos a estudiar). No obstante, señalaba que esta cláusula podía frustrar el crédito superficiario, ya que el acreedor hipotecario en determinados casos podría quedar a merced de la negligencia del superficiario.

## **2.- Estudio del art. 16-1º Reglamento Hipotecario.**

### **A.- Introducción**

Con la publicación de la Reforma del Reglamento Hipotecario de 17 de marzo de 1959, todas estas cuestiones quedaron solucionadas, ya que en su artículo 16-1º, se establece que:

"Para poder ser inscrito el título público en que se establezca dicho derecho deberá reunir:

A.-Plazo de duración del derecho de superficie, que no excederá de cincuenta años. Transcurrido el plazo, lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo pacto en contrario.

B.-Determinación del canon o precio que haya de satisfacer el superficiario, si el derecho se constituyere a título oneroso, pudiendose estipular la reversión del todo o parte de lo edificado a favor del dueño del suelo al expirar el plazo convenido.

C.-Plazo pactado para realizar la edificación; sus características generales, destino y costo del presupuesto.

D.-Pactos relativos a la realización de actos de disposición por el superficiario.

E.-Garantías de trascendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato.

No serán inscribibles las estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso."

Toda esta detallada regulación va a traer, sin embargo, problemas al contradecir en algunos puntos lo que dispone para esta figura la Ley del Suelo, que no olvidemos, es la regulación que precisamente declara el carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie para su modalidad.

B.- Estudio de cada requisito.<sup>77</sup>

a.- Plazo de duración y propiedad de lo edificado.

"Plazo de duración del derecho de superficie, que no excederá de cincuenta años. Transcurrido el plazo, lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo pacto en contrario."

Frente al derecho de propiedad cuya duración es indefinida, los derechos reales limitados son siempre de duración temporal, y deben serlo así por su propia naturaleza, salvo en los casos excepcionales de servidumbres y censos, los cuales se pueden constituir con carácter perpetuo aunque son redimibles.<sup>78</sup> Pues bien, el derecho de superficie regulado en la Ley del Suelo se encuentra dentro de los derechos temporales. El apartado a) del art. 16 R.H. y sólo tomando como punto de vista la Ley del Suelo, publicada apenas tres años antes, recogió esta necesidad de plazo, lo cual no impide, como veremos en el apartado dedicado a la duración del derecho, que los particulares (modalidad urbana) no puedan pactarlo por tiempo indefinido o por un plazo determinado.<sup>79</sup>

Tanto la Ley del Suelo como el Reglamento Hipotecario, señalan como necesario la existencia de un plazo para delimitar la concesión del derecho. Sin embargo, el Reglamento Hipotecario, recoge aún en nuestros días, la duración de 50 años que mantuvo la primera Ley del Suelo de 1956.

---

<sup>77</sup> Como cuestión previa no debemos olvidar que todos los requisitos señalados en el Reglamento Hipotecario, art. 16-1, son imprescindibles para la inscripción del derecho de superficie, es decir, tanto en el supuesto de la modalidad urbanística, debido a su inscripción constitutiva, como en la modalidad urbana cuando el derecho se inscriba aunque su carácter sea únicamente declarativo.

<sup>78</sup> Vid. en Cap. I. lo señalado en relación con la Ley de Censos Catalana de 1945, y la actual de 1990.

<sup>79</sup> Como veremos a continuación, el plazo señalado por el Reglamento Hipotecario, se encuentra actualmente desconectado tanto en la modalidad urbana, como en la modalidad urbanística, donde la Ley del Suelo ha señalado con posterioridad, plazos más amplios de duración del derecho.

Por otro lado, al señalar el Reglamento únicamente el límite temporal y al no precisarse nada más, (ya que la Ley del Suelo afirma que este plazo se aplicará al derecho de superficie concedido por el Estado y demás personas públicas), se puede entender que se extiende no sólo a los derechos de superficie creados por la Administración, sino también al creado por los particulares.

Sin embargo debemos señalar la extralimitación que se comete al establecer un plazo para el derecho de superficie concedido por los particulares, frente a la posibilidad de constituir por éstos un derecho de superficie de carácter indefinido en base a la derogación del principio de accesión y al *numerus apertus* de derechos reales.<sup>80</sup>

Pero, ¿cuál es la opinión doctrinal en cuanto al plazo de duración del derecho fijado por el Reglamento?. La doctrina no es coincidente en este punto. Dentro de los autores que siguen el criterio dualista del derecho de superficie se encuentran Cardenaba Coya y García Pumarino Ramos,<sup>81</sup> para quienes la superficie urbanística deroga el plazo del Reglamento Hipotecario, y aplican para la superficie constituida entre particulares, el plazo señalado por la Ley del Suelo (posterior de 1976) de 99 años, frente al otorgado por el Reglamento de 50 años. Todo ello entendido dentro del fundamento y utilidad de la institución que reside en su mayor utilización con carácter temporal, y en su consiguiente redención.

Otros autores como Campos Porrata, opinan que el Reglamento al hacer temporal al derecho de superficie en general, se ha extralimitado en sus funciones, porque al igual que la enfiteusis, la tradición jurídica siempre lo constituyó a perpetuidad.<sup>82</sup> Por otro lado,

---

<sup>80</sup> Tal y como acertadamente señala Albaladejo: Derecho civil III... Cit. Pag. 225.

<sup>81</sup> Cardenaba Coya y García Pumarino Ramos: El derecho de superficie y el Registro de la Propiedad... en Ponencias... Cit. Pag. 423 y ss.

<sup>82</sup> Campos Porrata (El renacido derecho de superficie... Cit. Pag. 257 y ss) señala que el decreto de Reforma "al regular civilmente el derecho de superficie, y en concreto limitar



Roca siguiendo el texto del Reglamento, y sin pronunciarse sobre su extralimitación, señala que nunca podrá tener el derecho de superficie una duración superior al plazo reglamentario.<sup>83</sup>

Considero que es lógico que el plazo señalado por el Reglamento fuera el de cincuenta años, sobre todo cuando tres años antes, la Ley del Suelo, única norma que regula la institución, lo había establecido así. Y, precisamente porque su finalidad es el desarrollo y aplicación de la inscripción constitutiva que establece la Ley del Suelo para la modalidad urbana del derecho de superficie.

Pero esto no significa, que el Reglamento mantuviera que el derecho de superficie nunca iba a poder tener en España una duración superior a cincuenta años, pues no tuvo en cuenta que los particulares, para constituir la figura, no están sometidos a las normas de la Ley urbanística.

Desde otra perspectiva, no debemos olvidar que el Reglamento tiene la necesidad de recoger todos los datos que deben contenerse en el asiento de inscripción, y siendo ésta de carácter constitutivo para la modalidad que desarrolla, es lógico señalar el plazo de duración del derecho. Sin embargo, hubiera sido preciso que tras la promulgación de la Ley del Suelo de 1976 y la ampliación de los plazos, se hubiera reformado el plazo contenido en el Reglamento. Pero al no haberse hecho, ¿cuál es la solución actual que se

---

su duración, franquea el ámbito propio de la potestad reglamentaria de facilitar con fidelidad el cumplimiento de la norma legal..."

<sup>83</sup> Roca Sastre (Ensayo sobre el derecho de superficie... Cit. Pag. 35) señala que "el art. 16 del Reglamento Hipotecario sólo permite la inscripción del derecho de superficie cuando el plazo de su duración no exceda de 50 años. Este precepto reglamentario viene a modificar la Ley del Suelo, pues sí, según ésta la inscripción es constitutiva en materia de derecho de superficie, y también lo es, según dicho artículo 16 del Reglamento Hipotecario, prácticamente equivale a preceptuar que nunca el derecho de superficie podrá en España tener una duración superior a cincuenta años".

propugna?. La doctrina mayoritaria actual, no ha señalado expresamente una solución, pero de hecho, en la práctica registral, lo que se viene manteniendo es la fijación como plazo máximo el estipulado en la Ley del Suelo. Lo que significa que el derecho de superficie constituido por el Estado y demás entes públicos, es de setenta y cinco años.

No obstante, considero que no hay problemas en la inscripción de cualquier plazo de duración del derecho que se haya pactado en ambas modalidades.<sup>84</sup>

Este requisito de la determinación del plazo es uno de los aspectos fundamentales del principio de especialidad, sobre todo en aquellos derechos, que como el que estudiamos, puede pactarse con carácter temporal (modalidad surgida al amparo de la Ley urbanística), siendo totalmente necesario hacerlo constar claramente en la inscripción a los efectos de la seguridad jurídica, no sólo en la modalidad urbanística, sino también en la urbana común cuando se proceda a su inscripción.

En este mismo apartado, se recoge también la reversión de la edificación a manos del dueño del suelo, SALVO PACTO en contrario.

En base a esta salvedad -referida a la reversión- consideramos, frente a otros criterios,<sup>85</sup> que se presume que el derecho de superficie se puede constituir (al menos teóricamente)

---

<sup>84</sup> En el Cap. V estudiaremos detenidamente todas las cuestiones relativas al plazo de duración del derecho en ambas modalidades.

<sup>85</sup> Cánovas Coutiño (El pensamiento de Ramón María Roca sobre la reforma del Reglamento Hipotecario. RCDI. 1960. Pag. 722 y ss) matiza que la frase "transcurrido el plazo, lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo pacto en contrario", -y siguiendo a Roca-, es una defectuosa abreviación del art. 161 de la LS de 1956, cuando después de decir que el derecho de superficie se extinguirá por el plazo fijado al constituirlo, añade que extinguido el mismo, el dueño del suelo adquirirá la propiedad de la edificación, y, *en defecto de pacto*, deberá satisfacer al superficiario una *indemnización* equivalente al valor de la contrucción según el estado de la misma en el momento de la *transmisión*. (Lo subrayado es de Cánovas). De esta manera el pacto no se refiere al tiempo sino a la indemnización que el dominus soli en la LS. de 1956 señalaba que estaba obligado a satisfacer al superficiario en el momento de la transmisión.

con carácter perpetuo, argumento que sirve para admitir la modalidad urbana común del derecho de superficie pactado al amparo Código Civil.<sup>86</sup> A mi juicio, la intención del legislador urbanista, no ha sido en ningún momento la de otorgar a esta institución, cuando es constituida sobre suelo patrimonio de las Corporaciones locales, un carácter perpetuo, pues ello llevaría a la desmembración de la propiedad, al establecer de modo indefinido un dominio del suelo, y otro, del vuelo. Pero, no olvidemos que no se ha señalado nada en relación con el posible carácter indefinido del derecho de superficie pactado entre particulares.<sup>87</sup>

La Rica <sup>88</sup> hace hincapie en que al admitir el Reglamento Hipotecario el pacto en contrario de la reversión "admite que se deja a voluntad de los contratantes la más amplia libertad para modelar el derecho de superficie según sus diferentes intereses y su voluntad concorde".<sup>89</sup> Como así ocurre cuando el derecho es pactado entre particulares.

---

<sup>86</sup> Además de que dicha salvedad supone la introducción de lo que podríamos denominar *pactos atípicos del derecho de superficie en su modalidad urbana común*. Y ello porque se posibilita la no reversión de la construcción superficiaria al dueño del suelo lo cual puede concretarse a través de diversas cláusulas como puede ser: el pacto de adquisición del suelo por el superficiario, o la no reversión de la propiedad al dueño del suelo, o la reversión a un tercero designando expresamente en el contrato, o, el de reversión parcial. Supuestos todos ellos que al estar conectados con la reversión serán analizados cuando tratemos específicamente este problema, porque, a su vez, implican una posible contradicción con el carácter esencial e imperativamente revertible de la propiedad superficiaria establecida por la Ley del Suelo.

<sup>87</sup> Miquel Calatayud (Consideraciones sobre el derecho de superficie edificativo en el ordenamiento jurídico español. Cit. Pag. 614) señala que admitir la posibilidad de tal pacto, sería terminar con el derecho de superficie. Califica tal hipótesis de dislate jurídico, atribuible a un "lapsus del legislador".

<sup>88</sup> De la Rica y Arenal: Comentarios a la Reforma del Reglamento Hipotecario. Libro Homenaje a Ramón de la Rica y Arenal. T.II. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad Y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid 1976. Pag. 25 y ss.

<sup>89</sup> Cardenaba Coya y García Pumarino Ramos (El derecho de superficie y el Registro de la Propiedad... Cit. Pag. 425) recogen una solución de gran utilidad práctica, y es el

El problema reside en que el Reglamento Hipotecario, como ya hemos señalado, está desarrollando la modalidad contenida en la Ley del Suelo, y, sobre todo, el carácter constitutivo de su inscripción. Lo que plantea problemas de conexión al ser posible también la constitución de la modalidad urbana del derecho de superficie y su inscripción en el Registro con carácter declarativo. De esta manera no puede por menos de constatar, como ocurre en este caso, la posibilidad de que dicha modalidad tenga caracteres independientes, y contrarios a los establecidos por la Ley del Suelo, como es su posibilidad de duración por tiempo indefinido, o la inclusión de otros pactos (como la no reversión de la propiedad superficiaria al dueño del suelo, o la reversión pero a un tercero). Situación, por otro lado, difícil de que ocurra en la modalidad urbanística, donde el plazo de tiempo pactado y, como veremos la reversión, son requisitos imperativos.

#### b.- Determinación del canon o precio.

"Determinación del canon o precio que haya de satisfacer el superficiario, si el derecho se constituyere a título oneroso, pudiendose estipular la reversión del todo o parte de lo edificado a favor del dueño del suelo al expirar el plazo convenido."

El derecho de superficie puede constituirse tanto a título oneroso como a título gratuito. Así, en el primer supuesto, se puede pactar el pago único, o a plazos, estableciéndose un canon anual o mensual, o incluso por los plazos que se fijen mientras dure el contrato y subsista el derecho.

Tras la regulación del derecho de superficie en la Ley del Suelo, Mezquita del

---

pacto de conversión del superficiario en arrendatario, tras la reversión de la propiedad superficiaria al dueño del suelo, lo cual implica, de todas formas la necesidad de reversión de la propiedad al dueño del suelo, aunque posteriormente se pacte la continuación de la posesión del edificio al superficiario a través de distintas figuras jurídicas. (Solución que estudiaremos más detenidamente en el Cap. V cuando analizemos el problema de la reversión).

Cacho,<sup>90</sup> estudió pormenorizadamente el artículo 158 de la Ley del Suelo de 1956 y, por consiguiente, las formas de pago de este derecho, entendiendo que según éstas el precepto había originado diversas variedades de derechos de superficie. Así, el apartado 3º del citado precepto, introdujo como novedad importante la posibilidad de inexistencia de contraprestación en dinero por parte del superficiario, pero con reversión del todo o parte de lo edificado a favor del dominus soli.

En consonancia con dicha Ley, el Reglamento Hipotecario establece la posibilidad de "reversión del todo o parte de lo construido al finalizar el plazo pactado". Introduciendo con ello un elemento de confusión pues deja entrever que no hace falta que la reversión se produzca cuando finalice el plazo pactado por las partes sino en cualquier momento que hayan establecido las mismas en el título constitutivo, que por ejemplo, puede ser distinto del plazo de duración si la reversión fuere parcial.

Ventura Traveset,<sup>91</sup> señaló la diferencia existente entre este apartado del Reglamento y el art. 161-2º de la Ley del Suelo de 1956, matizando que la reversión se produce al extinguirse el derecho de superficie y da lugar al pago de indemnización a favor del constructor superficiario. Reversión que es una contraprestación por la cesión del derecho.

---

<sup>90</sup> Mezquita del Cacho: El derecho real de superficie en la Ley de 12 de mayo de 1956... Cit. Pag. 755.

Así distinguía entre:

- Derecho de superficie constituido por precio alzado.
- Derecho de superficie contra pago de un canon periódico.
- Derecho de superficie concedido sin precio alzado ni estipulación de canon periódico, sino simplemente con la contraprestación de que al término de la superficie por expiración del plazo de duración, reviertan al dueño del terreno gratuitamente las construcciones y edificaciones realizadas.
- Derecho de superficie concedido a base de la combinación de las fórmulas anteriormente señaladas".

<sup>91</sup> Ventura Travesset y González: Derecho de edificación sobre finca ajena y la propiedad horizontal. Bosch. Barcelona. 1963. Pag. 149

La reversión parcial puede consistir en la cesión de uno o varios pisos o locales contruidos por el superficiario en favor del propietario del suelo, quedando el resto en manos del superficiario, naciendo una propiedad horizontal.

La existencia o no de precio es importante a efectos de la causa del negocio jurídico. Es frecuente el carácter gratuito del derecho de superficie cuando se concede por el Ayuntamiento para promover la edificación en suelo público, -que debe constar en todo caso en la inscripción-, lo que no significa que no se conceda con carácter oneroso.

Además de la necesidad de expresar la causa específica o típica del título en la inscripción,<sup>92</sup> es necesario hacer referencia a la causa genérica. Y esto es precisamente la obligación que impone este apartado del art. 16 R.H. Deberá quedar patente en el documento, y, por consiguiente, en la inscripción si el derecho se adquiere a título oneroso o gratuito, y ello porque tal carácter condiciona la eficacia del acto frente a terceros, y la de su inscripción (art. 34 y 32 L.H.). De ahí que el dato se deba hacer constar necesariamente en el asiento, porque sólo así se hace posible la aplicación de los preceptos de la Ley Hipotecaria y de la protección que en ella se dispensa. Por otro lado, el carácter oneroso o gratuito del acto puede afectar también a la distinta capacidad necesaria para realizarlo en cada caso, y por tanto, a su validez intrínseca.

c.- El plazo para edificar no podrá exceder de cinco años.

"Plazo señalado para realizar la edificación, que no podrá exceder de cinco años; sus características generales, destino y costo del presupuesto."

El primer requisito exigible es que el plazo para realizar la edificación que no podrá

---

<sup>92</sup> Debemos recordar que en el Registro de la Propiedad español y desde el punto de vista de la relación jurídica registral y de la titularidad correspondiente se inscribe el derecho de superficie -modalidad urbana- (nacido extrarregistralmente) inseparablemente unido a su título, de manera que, ambos forman una unidad inescindible. Sin embargo, en los casos de inscripción constitutiva -derecho de superficie modalidad urbanística-, se inscribe únicamente el título que es precisamente el origen del derecho.

exceder de cinco años.<sup>93</sup> Se trata de una repetición del plazo fijado en el artículo 159-1º de la Ley del Suelo de 1956. Lo único que difiere de ella, es que amplía el plazo a toda la institución superficiaria, siendo calificado por Campos Porrata como una intromisión reglamentaria.<sup>94</sup>

La Ley del suelo de 1976, no estableció expresamente plazo alguno para la edificación de la propiedad superficiaria. Se remite al que establece el Plan o si fuere menor por el convenido entre las partes, señalando que el incumplimiento del mismo es una causa de extinción del derecho de superficie (art. 173-1º).<sup>95</sup> Actualmente la Ley del Suelo de 1992, señala en su art. 289-1º que el derecho de superficie se extinguirá si no se edifica en el plazo previsto en la licencia urbanística, de conformidad con su art. 35-1. Criterio actual que considero acertado, pues desde el punto de vista urbanístico, todo derecho a edificar, debe cumplir dicho plazo, ya sea en base a un derecho de superficie o no, y dentro de aquél aplicable a la modalidad urbana o urbanística.

---

<sup>93</sup> Ni en la Ley del Suelo de 1956, ni en el Reglamento se señaló la fecha de inicio del plazo, por lo que se podía creer en que es desde la fecha de constitución del derecho o desde la fecha de concesión de la licencia de construcción. Hoy no cabe duda alguna, ya que la Ley del Suelo de 1992 ha establecido expresamente, en su art. 289-1º en relación con el art. 35-1º, que el plazo para la edificación se expresará en la preceptiva licencia urbanística.

<sup>94</sup> Campos Porrata (El renacido derecho de superficie. Cit... Pag. 259) indica que la extensión de este plazo a todas las relaciones superficiarias "ha de ser una rémora para el desenvolvimiento de ésta, sobre todo si se cuenta desde su constitución y no desde la fecha en que el constructor, superados los trámites burocráticos, esté en condiciones de ponerse a la obra".

<sup>95</sup> En este punto Miquel Calatayud (Consideraciones sobre el derecho de superficie edificativo en el ordenamiento jurídico español... en Ponencias... Cit. Pag. 614), asegura que la fijación del plazo por el Reglamento es un gran acierto, ya que intenta evitar confusiones en cuanto a la duración del mismo. No obstante, critica lo poco explícito que ha sido el legislador en este punto al no señalar el día a quo del inicio de la actividad constructiva, ya que el ius aedificandi propio del derecho de superficie, es un derecho puramente potestivo.

Sin embargo aunque es exigible en ambos casos, el motivo es diferente, y ello porque en la modalidad urbanística, es un requisito sustantivo de su constitución, mientras que en la modalidad urbana, este plazo de edificación, además de ser un requisito únicamente de su inscripción, forma parte además del deber general de solicitar a la Administración municipal la licencia para la construcción, quien controla la edificación por el plazo otorgado para su realización.

También se apunta como necesarias para la inscripción, las características generales de la edificación, el destino y el costo del presupuesto. Enumeración más precisa que la recogida por la Ley del Suelo de 1956 (art. 159-1º), que disponía que la edificación se realizase en el modo convenido. El Reglamento, en consonancia con dicha Ley, entiende que ese modo ha de constar en el Registro, sobre todo teniendo en cuenta que su infracción motiva la extinción del derecho.<sup>96</sup>

Según esta regulación es inaceptable que el contrato, desde el punto de vista de las características generales de la edificación, se redacte en términos generales (como puede ser la remisión al Pliego de condiciones, Proyecto y Memoria realizada por el Arquitecto) sino que es necesaria su explicitación ya que el tercero adquirente -el tercero hipotecario- ha de tener como única fuente de publicidad el contenido del Registro, al menos a efectos de inscripción registral.

Considero que la necesidad de que estos tres requisitos consten en la inscripción de la modalidad urbanística, constituye la prueba fundamental de que el Reglamento desarrolla únicamente la Ley del Suelo. Porque ¿cuál es la finalidad de tales requisitos? A mi juicio, reside principalmente en el control que la Administración municipal ejerce sobre la

---

<sup>96</sup> Según Camy Sánchez-Cañete (Propiedad Horizontal: situaciones posibles en orden a su inscripción. RDP. 1966. Pag. 861) señalan que tales caracteres son elementos esenciales del derecho.



actividad del superficiario. Pues entre particulares generalmente estos requisitos pueden no tener importancia práctica alguna. Claro que siempre cabe la posibilidad de que se pacte en un derecho de superficie, en la modalidad urbana común, cuyo objeto sea la construcción de un edificio con determinadas características, que tras la reversión de la propiedad vaya a ser utilizada por el concedente del derecho con fines especiales o determinados, y le interese la construcción de la edificación con las características pactadas en el título de concesión.

También podríamos preguntarnos con qué extensión deben consignarse los datos de la construcción para saber si el constructor cumple, o no, con la obligación de edificar. El Reglamento habla de características generales y dado lo amplio del contenido podrá referirse al número de plantas, la superficie de cada una de ellas, el número de viviendas y sus linderos, el número de habitaciones, su clase, la altura de las plantas, los servicios generales...<sup>97</sup> El concedente -corporación municipal- puede insertar en la escritura de constitución del derecho, cuantas condiciones quiera para hacer más delimitado el contorno de su derecho. Por otro lado, entendemos que es necesario la constancia registral de un mínimo de requisitos, a efectos sustantivos en la inscripción de ambas modalidades.

Burgos Bravo y Martín Martín,<sup>98</sup> señalan la necesidad de acompañar junto a la

---

<sup>97</sup> En la práctica se procede, en primer lugar, a inscribir los datos del derecho de superficie, como la finca sobre la que se constituye, a quien se adjudica, forma y modo de adjudicación, y los caracteres del derecho como el canon, plazo de duración, fecha de iniciación de las obras, plazo de la construcción, actos de disposición del superficiario, reservas de derechos a favor del concedente, extinción del derecho, reversión de la propiedad superficiaria y demás condiciones pactadas en la constitución del derecho.

Y posteriormente, en otra inscripción, se describe minuciosamente la edificación-es que se está llevando a cabo sobre la base del derecho de superficie. Aquí ya se hace referencia al tipo de edificación, linderos, superficie, número de plantas, número de viviendas y su superficie, locales y garaje...

<sup>98</sup> Burgos Bravo y Martín Martín: Problemas registrales del derecho de superficie y de la propiedad superficiaria... en Ponencias... Cit. Pag. 360 y ss.

escritura pública de constitución del derecho, el certificado del Arquitecto director de la obra o municipal, acreditativo de que la construcción esté o no concluida y se adapta íntegramente a la forma descrita en el título constitutivo. Considero difícil adjuntar estos documentos junto con la escritura de constitución del derecho de superficie, porque los mismos siempre serán posteriores a la creación del derecho. Otra cosa es que se adjunten para la declaración de obra nueva.<sup>99</sup> No debemos olvidar que, generalmente, se producirá la constitución del derecho de superficie y la posterior edificación en el suelo ajeno, aunque a veces su existencia puede ser simultánea, sobre todo en aquellos supuestos de concesión del derecho de superficie sobre edificación ya realizada.

En el folio registral de la finca, constará el título de dominio del propietario del suelo, la constitución del derecho de superficie, y la escritura de declaración de obra nueva, donde se adjuntarán, y ello por imposición del art. 37 de la nueva Ley del Suelo, "certificación expedida por técnico competente acreditativa de que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia..."

Pero volviendo a la tesis mantenida por dichos autores, justifican que esta obligación se encuentra en que la realización de la construcción es un deber para el superficiario. Considero que en la modalidad urbanística no estamos ante una simple

---

<sup>99</sup> Más aún teniendo en cuenta el art. 37-2 de la Ley del Suelo que señala: "Los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar o inscribir, respectivamente, escrituras de declaración de obra nueva terminada, que se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia de edificación y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto aprobado.

Para autorizar e inscribir escrituras de declaración de obra nueva en construcción, a la licencia de edificación se acompañará certificación expedida por técnico competente, acreditativa de que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia. En este caso, el propietario deberá hacer constar la determinación mediante acta notarial que incorporará la certificación de finalización de la obra antes mencionada. Tanto la licencia como las expresadas certificaciones deberán testimoniarse en las correspondientes escrituras".

declaración de obra nueva sino que, con la declaración implícita en la inscripción, el derecho nace a la vida registral, y, por consiguiente, a la jurídica (inscripción constitutiva) tanto el derecho como la propiedad superficiaria. La certificación del Arquitecto dá fe de que todas las circunstancias se han cumplido, así como que conste que el presupuesto y el plazo de edificación de la construcción no ha quedado al arbitrio y responsabilidad del declarante (superficiario).

Por lo que respecta al destino de la construcción, según este apartado del Reglamento Hipotecario, es necesario su constatación registral. En el mismo sentido tanto la Ley del Suelo de 1956 (art.157-1º), como la de 1976 (art. 171-1º), y la actual de 1992 (art. 287)<sup>100</sup> señalan la importancia del destino para la constitución del derecho (a la promoción de viviendas y otros usos de interés social), siempre que, evidentemente, sean constituidos por las Corporaciones Locales.

En cuanto al coste del presupuesto de la edificación, es discutible que sea de vital importancia su constatación registral. No obstante debe hacerse constar al exigirlo el Reglamento, que en un excesivo desarrollo de la Ley del Suelo, y a efectos de determinación económica de la construcción futura recoge dicho requisito.

Para finalizar el estudio de este apartado, debemos señalar cómo de los Mozos,<sup>101</sup>

---

<sup>100</sup> Art. 287-1º: "Las Entidades locales y las demás personas públicas podrán costituir el derecho de superficie en terrenos de su propiedad o integrantes del patrimonio municipal del suelo con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, cuyo derecho corresponderá al superficiario.2º.- El mismo derecho asiste a los particulares, sin la limitación de destino prevista en el apartado anterior".

<sup>101</sup> De los Mozos (El derecho de superficie en general... Cit. Pag. 328) parte de "la descomposición en tres categorías de la relación superficiaria: -El contenido propio del derecho de superficie que es real y oponible a todos. -Las obligaciones reales que son oponibles a los sucesores a título singular, y por último, el contenido meramente obligacional, que sólo es oponible frente a las partes."

quien no olvidemos mantiene la consideración de una única modalidad del derecho de superficie y su inscripción constitutiva, considera que las circunstancias consignadas en el título constitutivo del derecho, son obligaciones reales, es decir, oponibles a los sucesores a título singular.

Por último resaltar como estos requisitos no son exigibles en la modalidad urbana del derecho de superficie, porque los particulares son libres de pactar el derecho como quieran, salvo que expresamente hayan dispuesto su existencia. En tal caso si deberán constatarse en su inscripción.

d. - Obligación de inscribir todos los pactos relativos a la realización de actos de disposición por el superficiario.

La concordancia de este apartado debemos buscarla en el art. 159-3º de la Ley del Suelo de 1956, que imponía al superficiario la prohibición de enajenar la construcción hasta que al menos no se hubiere edificado en la mitad de lo convenido.

De La Rica <sup>102</sup> señala la posibilidad de que se limite la libre disposición, tanto por parte del superficiario como por parte del dueño, aunque en el Reglamento sólo se refiera a los pactos que regulen la del superficiario.

Gullón,<sup>103</sup> que analiza detenidamente este apartado, señala que debía de haber sido redactado en el sentido de que la inscripción de la superficie contuviese los pactos que las partes hubieren celebrado sobre la forma de ejercitar la disposición o el gravamen, cuando los hayan celebrado, ya que son aspectos que pertenecen a la sustancia del derecho real de superficie, y no tiene trascendencia únicamente personal. Pero de la "desdichada

---

<sup>102</sup> De la Rica y Arenal: Comentarios al Reglamento... Cit. Pag. 26.

<sup>103</sup> Gullón Ballesteros (El contenido de la relación jurídica superficiaria en la vigente legislación española. R.J.C. 1960. Pag.239.)

regulación" llega a la conclusión de que su ausencia en la escritura pública da lugar a la imposibilidad de inscribir, o en otros términos, no ya que la superficie no se pueda transmitir ni gravar, sino que no nazca dicho derecho real.

De las palabras transcritas, debemos comentar dos cuestiones. En primer lugar, estamos de acuerdo con el citado autor en que son importantes los pactos de disposición o gravamen que las partes hayan pactado,<sup>104</sup> ya que como muy bien matiza, son cuestiones que pertenecen a la sustancia del derecho, y su trascendencia no es únicamente personal.<sup>105</sup>

Pero, por otro lado, su ausencia de la escritura pública, no consideramos que dé lugar a la imposibilidad de inscribir, o a que no nazca el derecho de superficie, salvo en la modalidad urbanística (a la que se refiere el citado autor), pero no en la urbana común donde el carácter de la inscripción es declarativa.

En la actualidad el apartado 3º del art. 287 de la Ley del Suelo de 1992, (fiel reflejo del apartado 2º del art. 171 de la LS de 1976), señala que el derecho de superficie será transmisible y susceptible de gravamen con las limitaciones que se hubieren fijado al constituirlo. De esta forma podríamos pensar que la regla general sería la libre disposición del derecho, y lo excepcional serán los pactos que limitarían esta posibilidad de disponer del superficiario y que, por otro lado, caben legalmente al no contrariar los preceptos de carácter imperativo. Sin embargo, en la práctica es todo lo contrario, pues la regla general

---

<sup>104</sup> Cuestión que analizaremos en profundidad en el Cap. V

<sup>105</sup> Con esta matización se deja abierta la puerta a la consideración de la existencia de ciertas obligaciones del superficiario (derecho a edificar, -hacerlo en el plazo y modo previsto-, derecho a mantener la edificación...) que deben ser consideradas obligaciones que algunos autores como Gullón consideran propter rem y ello porque afectan a la sustancia del derecho real. De manera que las mismas gravarán a todo titular que lo sea del derecho de superficie.

son las estipulaciones señaladas por el concedente y que el superficiario acepta voluntariamente, en la modalidad urbanística.<sup>106</sup>

e.- Inscripción de garantías de trascendencia real para asegurar la edificación.

El fundamento de estas garantías podría ser el estímulo en la construcción, o, por el contrario, la sanción ante su incumplimiento, con la consiguiente repercusión en posteriores adquirentes en el supuesto de quebrantamiento de tales obligaciones.<sup>107</sup>

No hay unanimidad en la doctrina a la hora de determinar cuales son estas garantías. Podría entenderse que el legislador está pensando en las garantías que tratan de asegurar el cumplimiento de los pactos. Pero hay que tener en cuenta que con la entrega del suelo el concedente ha cumplido su obligación, (aunque sólo en parte pues falta el deber abstención, siendo su posición en este caso pasiva), de forma que, los únicos pactos que deben ser garantizados son los relativos a las obligaciones del superficiario.

De La Rica<sup>108</sup> señala que entre estas garantías mencionadas por el Reglamento Hipotecario, que perjudicarían a tercero, figuran las hipotecarias sobre el mismo derecho superficiario con las que se garantiza el pago del canon. O las resolutorias para el caso de no realizar las obras en el plazo convenido, o, en el de no ajustarse a las condiciones y

---

<sup>106</sup> Cuestión que será tratada con mayor detenimiento en el Cap. V.

<sup>107</sup> Siguiendo con nuestro razonamiento apuntado anteriormente, al no establecerse y detallarse por el legislador el contenido del derecho de superficie, dejándose en libertad a las partes, -en ambas modalidades-, estos pactos no entran per se en el Registro (pues están pactados por las partes en el contrato que no debe afectar a terceros, pero que en definitiva, al delimitar el contenido intrínseco del derecho pueden considerarse como obligaciones propter rem para el superficiario titular del derecho), sino que se consideran accesorios de las garantías de trascendencia real.

En tal caso, señala Gullón (El contenido de la relación jurídica... Cit. Pag. 253), que si se pactan garantías especiales para la eficacia de tales pactos, entonces se pueden considerar obligaciones propter rem.

<sup>108</sup> De la Rica y Arenal: Comentarios a la Reforma del Reglamento Hipotecario... Cit. Pag. 27.

características pactadas.

Roca Sastre<sup>109</sup> entiende que para asegurar el cumplimiento de los pactos del contrato sólo podrán utilizarse la hipoteca y la prenda.

Laso Martínez,<sup>110</sup> señala que estas garantías pueden hacerse valer en función del cumplimiento del destino de lo edificado elevándolo a la categoría de condición resolutoria explícita. Pero también las partes pueden crear otras garantías reales para asegurar, por ejemplo, la percepción del canon periódico cuando éste se devengue permanentemente durante la vigencia del derecho de superficie. O puede crearse una hipoteca de origen voluntario que asegure, por ejemplo, la percepción de rentas del canon durante determinado número de años, de forma que, el dueño del suelo en caso de impago del canon pueda ejecutar la hipoteca constituida en garantía del mismo, sin perjuicio de que el eventual adquirente posterior al ser titular de la propiedad superficiaria no dé lugar a la extinción de su derecho.

Cardenaba Coya y García Pumarino Ramos<sup>111</sup> no ven inconveniente en que entre estas garantías figuren la hipoteca del derecho de superficie. Señalan, a su vez, como posibles pactos registrables no recogidos en la Ley y el Reglamento (como pueden serlo los ya mencionados de plazo de edificación, características, destino, costo y presupuesto de la edificación), la eventual reconstrucción del edificio, o, en su caso, el pacto de extinción por destrucción del inmueble, y los pactos relativos a la realización y financiación de mejoras y destino de éstas (como la regulación del *ius tollendi* o derecho a retirarlas al

---

<sup>109</sup> Roca Sastre: Ensayo sobre el derecho de superficie... Cit. Pag. 48 y ss.

<sup>110</sup> Laso Martínez: El derecho de superficie en el ámbito urbanístico... en Ponencias... Cit. Pag. 549 y ss

<sup>111</sup> Cardenaba Coya, y García Pumarino Ramos: El derecho de superficie y el Registro de la Propiedad... Cit. Pag. 426 y ss

término del plazo del superficiario).<sup>112</sup>

C.- Prohibición de sujeción del derecho de superficie a comiso.

El último punto al que hace referencia el Reglamento en su artículo 16 apartado 1º, señala que:

"No serán inscribibles las estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso".

Estamos ante una innovación del Reglamento, puesto que la Ley del Suelo no había señalado nada respecto al derecho de comiso del concedente del derecho de superficie. Son, por lo tanto, varios los problemas que plantea el presente artículo. Por un lado, es necesario determinar qué es el comiso en relación con el derecho de superficie, y, por otro lado, cuál fue la intención del legislador al prohibir su acceso al Registro de la Propiedad.

En relación con la primera cuestión, debemos analizar qué es en realidad el comiso y cuál sería su actuación en la institución superficiaria.<sup>113</sup>

Siguiendo su regulación en relación con la enfiteusis, podemos decir que el comiso es el derecho que el Código Civil confiere al censalista para recuperar el dominio útil cuando el enfiteuta incurra en determinados supuestos de incumplimiento de sus deberes, al formar parte del contenido esencial del censo. Es, por consiguiente, una sanción para el enfiteuta. También puede considerársele como una resolución de la enfiteusis por causa de supuestos taxativamente previstos en el Código Civil, que produce la consolidación de

---

<sup>112</sup> En realidad, podríamos señalar que estamos ante obligaciones que generan a cargo del superficiario un deber de realización, de manera que cualquiera que ostente tal posición jurídica debe ejecutarlas.

<sup>113</sup> Para el estudio del comiso vid.: O'Callaghan Muñoz: Comentarios al Código Civil. Arts. 1648 a 1650. Dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart. EDERSA. 1982. Pag. 195 y ss; Vallet de Goytisolo: Dimisión y comiso de finca hipotecada por el enfiteuta. Estudios sobre garantías reales. Madrid. 1973. Pags. 61 y ss; y Albacar López y Santos Briz: Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia. Arts. 1648 a 1650. T. VI. Trivium. Madrid. 1991. Pags. 72 y ss.



los dominios.

No obstante, el comiso es un derecho postestativo del censalista, quien puede hacerlo o no jugar. Y que posteriormente, deberá ejercitar ante la autoridad judicial, quien juzgará sobre su procedencia o no.

La finalidad del comiso es evidente, se otorga su ejercicio al dueño directo, que ha sufrido una lesión en su derecho, con la finalidad de reparar el perjuicio que le ha causado la conducta del dueño util.

El comiso se ejercita contra quien "ob rem" sea el enfiteuta, pues no se resuelve el contrato, sino la relación jurídica creada, y ésta existe en cada instante entre quienes son los actuales titulares, hubiesen sido o no constituyentes.

¿Podríamos considerarlo análogo a una condición resolutoria? Aunque los efectos de ambas instituciones son parecidos -persiguen la resolución del derecho del enfiteuta-, su forma de operar no es igual.

Pero ¿cómo podría actuar el comiso en el derecho de superficie? En principio debemos recordar que ambas instituciones son diferentes. En la enfiteusis existe un dominio dividido donde el censalista tiene derecho a percibir su canon, el derecho de tanteo y retracto sobre la finca, el cobro del laudemio, y, en supuesto de liquidación, la recuperación de su capital en metálico o con la finca, y, el enfiteuta tiene el dominio util de la finca. En el derecho de superficie, el superficiario tiene un derecho de construir y de mantener la edificación superficiaria como una propiedad separada y durante un tiempo determinado o indefinido, y, el concedente, por su parte, tiene la propiedad separada del suelo y del subsuelo.

Esta configuración actual del derecho de superficie ya hemos visto como quedó apuntada en la Ley del Suelo de 1956 y el propio Reglamento Hipotecario, al desarrollar

aquella, señaló tímidamente su existencia, de ahí que nos resulte curioso que se trate la inscripción del comiso, -que como hemos visto es típicamente un derecho del censalista en la enfiteusis-, cuando previamente se había establecido la configuración del derecho de superficie como un derecho real que origina una propiedad separada.

Aunque la Ley del Suelo (ni la de 1956, ni las sucesivas reformas) no había establecido el comiso como un supuesto de extinción del derecho de superficie, sí había dispuesto la extinción de la relación por resolución del título cuando se hubieran incumplido obligaciones fundamentales como son el no construir en el tiempo y modo previsto. En este estado de cosas, el Reglamento, no pudiendo extralimitarse de su contenido, (como sería prohibir el pacto de comiso) prohíbe solamente su inscripción. ¿Qué era lo que pretendía el legislador?

Es evidente que el derecho de comiso puede pactarse por las partes al amparo del principio de la autonomía de la voluntad.<sup>114</sup> O, lo que consideramos que sería lo mismo, pactar determinadas obligaciones del superficiario bajo condición resolutoria expresa, de manera que, en base a lo expuesto, los resultados que se obtendrían serían iguales: la resolución del contrato y, consiguiente extinción del derecho, ante el incumplimiento de una obligación por el titular del derecho real de superficie.<sup>115</sup>

¿Cuales serán los motivos por los que al concedente del derecho le interesa pactar el comiso? Hemos visto como la propiedad superficiaria separada nace con una limitación

---

<sup>114</sup> En el mismo sentido Campos Porrata: El renacido derecho de superficie... Cit. Pag. 260, quien señala que estipulado el comiso por las partes será válido y corresponderá su eficacia a los Tribunales.

<sup>115</sup> Frente al criterio contrario de Roca Sastre (Ensayo sobre el derecho de superficie... Cit. Pag. 48), quien señala que "el comiso no se identifica con la acción de resolución del contrato pero el resultado es parecido, y si no se admite el comiso, hay que entender que rechaza también la acción resolutoria por impago de pensiones".

temporal, ya sea determinada o indefinida, de ahí que tras la extinción, más lejana o próxima en el tiempo, del derecho de superficie, el concedente del mismo obtendrá la reversión de la edificación superficiaria. En tal caso, le interesará guardarse de los posibles incumplimientos de las obligaciones contractuales o de los perjuicios que cause el superficiario sobre la edificación.

El concedente del derecho de superficie, en tal supuesto, lo que perseguirá, será la extinción del derecho por el incumplimiento de determinadas obligaciones contractuales, siendo indiferente su consecución ya sea a través del derecho de comiso, o de una condición resolutoria. No obstante aunque su finalidad es la misma, consideramos que el comiso tiene más razón de actuar en figuras como la enfiteusis donde el censalista *readquiere* la finca al ser él el dueño directo de la misma, mientras que *el concedente del derecho de superficie no tiene poder sobre la edificación hasta que no se extingue el derecho, puesto que unicamente es dueño del terreno.*

Si se ha pactado la condición resolutoria, una vez que el superficiario incumpla, el vínculo se romperá automáticamente entre las partes, sin necesidad de una voluntad previa de las mismas, resolviéndose el contrato y extinguiéndose el derecho.

También considero necesario señalar que al concedente le interesará que tales incumplimientos y perjuicios no se produzcan nunca, no sólo cuando sean realizados por la parte con la que constituyó el derecho, sino tampoco con los sucesivos titulares del derecho. Es decir, *al dominus soli le interesará que ante el incumplimiento de las obligaciones pactadas con el superficiario se resuelva la relación jurídica creada.*

Efecto que como hemos visto ya se había previsto por la Ley del Suelo como una causa extintiva, ante el incumplimiento de alguna de las obligaciones fundamentales del superficiario, como son la de construir en el modo y plazo previstos. Pero que en relación

con los pactos celebrados por las partes, al tener trascendencia real, podrán acceder al Registro (art. 16-1º E) y, por consiguiente, tendrán eficacia real.

En relación con el segundo problema al que hacíamos referencia en un principio, en torno a cual fue la intención del legislador al prohibir el acceso del comiso al Registro, la cuestión se centra en porqué el Registrador se muestra reacio a no otorgar eficacia real a tal pacto.

Al prohibir su acceso al Registro, no hay duda de que quiere considerarlo como una cláusula obligacional con efectividad únicamente inter partes y que no afecte a terceros. De manera que, el fin perseguido con el comiso en la enfiteusis desaparecería en este caso, pues si el derecho de superficie y su propiedad superficiaria se transmitiese a un tercero, podríamos pensar que el nuevo adquirente no quedaría sujeto a tal obligación.

El comiso en la enfiteusis supone la extinción del derecho por el incumplimiento de obligaciones esenciales del mismo como lo es el impago del censo.

En el derecho de superficie las obligaciones pactadas en el título constitutivo del derecho, son además, obligaciones esenciales del derecho de superficie en sí, porque detallan el contenido del mismo, cuestión importante teniendo en cuenta que el efecto fundamental del derecho de superficie es la reversión de la construcción superficiaria al dominus soli. De manera que los sucesivos adquirentes, no estarán obviamente obligados por los pactos de las partes constituyentes, pero sí por las obligaciones propias del derecho que forman parte de la relación jurídica creada. De este modo, nunca habrá terceros adquirentes, sino partes contratantes de la relación total.

Hemos visto, al analizar el contenido de los apartados anteriores del art. 16-1º R.H. que tales pactos, que podían incluir estas obligaciones del superficiario, podían acceder al Registro por su trascendencia real. De manera que el deseo del legislador de no inscribir

el pacto de comiso podría verse frustrado a través de la inscripción de pactos que persigan los mismos fines.<sup>116</sup>

En resumen, al dominus soli le interesará pactar en todo caso, y teniendo en cuenta la prohibición de inscripción del derecho de comiso, las obligaciones integrantes del contenido del derecho de superficie que tengan trascendencia real para su acceso al Registro, de manera que las mismas sean eficaces frente a terceros y, a su vez, conocidas por los futuros adquirentes del derecho, quedando el cumplimiento de tales obligaciones en todo momento asegurado, al pasar a formar parte de la relación jurídica.

### **3.- Consecuencias de la no expresión o expresión insuficiente de cada requisito.**

Por último, debemos distinguir entre los requisitos generales, necesarios en todo asiento de inscripción, (art. 9 L.H.), y, los requisitos formales especiales de la inscripción del derecho de superficie modalidad urbanística, recogidos en el art. 16 R.H. En relación con los primeros, su falta origina la nulidad de la inscripción, (como es lógico en ambas modalidades), en base a lo dispuesto en el art. 30 de la Ley, sin perjuicio de lo establecido sobre rectificación de errores. Por otro lado, la falta o inexpressión de los requisitos propios del derecho de superficie pueden referirse al título, o al asiento. Según el tenor literal del art. 16 del Reglamento, se exige para la eficaz constitución del derecho de superficie los requisitos que señala, los cuales deberán contenerse en el título en el que se establezca el

---

<sup>116</sup> En este punto la cuestión a determinar se centra en que efectos produce la no inscripción del comiso o de la condición resolutoria en relación con los derechos reales o de goce que recaigan sobre la propiedad superficiaria.

En principio a los terceros les será indiferente conocer si se han cumplido todas las obligaciones estipuladas por las partes en el contrato, y ello porque como veremos en el Cap. IV, en caso de extinción del derecho de superficie, los derechos de los terceros quedarán a salvo, puesto que continúan gravando separadamente al suelo o a la propiedad superficiaria.

derecho de superficie, para su inscripción. Lo que nos lleva a pensar que sin los mismos no nacerá el derecho en la modalidad urbanística (pues son considerados como "requisitos necesarios para el nacimiento o existencia del derecho real de superficie") y por tanto, sin ellos será inexistente. Y en relación con la modalidad urbana, deberán contenerse en el título constitutivo tales requisitos para su válida inscripción, pues el art. 16 los exige con carácter general.

En caso de inexpresión de los requisitos, el Registrador al emitir su calificación de los títulos, los devolverá para la subsanación de sus defectos, esto es, la concreción de los requisitos en el documento, impidiéndose la inscripción del título incompleto, con las matizaciones que hemos visto al estudiar cada requisito.

Por otro lado, si en el documento se concretan los requisitos señalados en el art. 16 del R.H. y por omisión, el asiento no los recoge, se procederá a rectificar tal error, sobre todo en la modalidad urbanística de este derecho; pues al ser su inscripción constitutiva no nacería. Mientras que en la modalidad urbana nacería el derecho, pero la inscripción del título sería incompleto siendo el asiento inválido e ineficaz.

### **III.-OTRAS CUESTIONES REGISTRALES RELATIVAS AL ASIENTO DE INSCRIPCION.**

#### **1.- Inmatriculación: Imposibilidad de inmatriculación de la propiedad superficial sin inmatriculación previa del suelo.**

A finales del siglo pasado y principios del presente, la Dirección General de los Registros, dictó varias resoluciones (de 12 de junio de 1863,<sup>117</sup> 22 de febrero de 1864,<sup>118</sup> 23 de marzo de 1864,<sup>119</sup> de 22 de julio de 1874,<sup>120</sup> y 4 de noviembre de 1867)<sup>121</sup> en las que se afirma que es indispensable la inmatriculación del suelo para la inscripción del suelo.<sup>122</sup> Aunque referida al ámbito rústico, constituye un precedente inmediato del derecho de superficie que estamos examinando, estableciendo la necesidad de acceso al Registro del dominio del suelo, para la inscripción posterior del derecho de

---

<sup>117</sup> **R. de 12 de junio de 1863.** (J. R. 1863. Pag. 56). "Para verificarse la inscripción de la venta de un arbolado es indispensable la previa inscripción del dominio de la misma finca sobre la que radica; y si no constare en los libros antiguos ni en los nuevos, podrá el interesado exigirla en conformidad a lo que para el caso prescriben la Ley y el Reglamento".

<sup>118</sup> **R. de 22 de febrero de 1864.** (J. R. 1864. Pag. 191) "Para la inscripción de un arbolado ha de preceder la del terreno".

<sup>119</sup> **R. de 23 de marzo de 1864** (J. R. 1864. Pag. 207). "Que el arbolado es una anexidad del terreno en que radica, y que, por lo tanto, no es posible inscribirlo sin que se halle previamente inscrito el suelo..."

<sup>120</sup> **R. de 22 julio de 1874** (J.R. 1874. Pag 493 y ss). Cesión de arbolado: estando inscrito a favor del transferente tal derecho, pero haberse omitido la descripción de cada una de las fincas en las que se halla plantado el arbolado, y, por no resultar del Registro las personas a quienes pertenece el suelo o terreno que comprende cada una de dichas fincas.

<sup>121</sup> **R. de 4 de noviembre de 1867.** (J.R. 1867. Pag 341). "Es necesario la inscripción del suelo para que pueda verificar la del arbolado".

<sup>122</sup> El fundamento de las mismas se encuentra en el art. 27 del Reglamento Hipotecario de 1863 y 1870, suprimido con posterioridad. Precepto que establecía la necesidad de expresar que el suelo pertenece a una persona, y, el edificio o plantación a otra.

superficie.

Además de la inscripción previa del suelo debe hacerse constar en la escritura pública donde se contenga el derecho, la determinación del concedente, del superficiario, y del contenido del derecho.<sup>123</sup>

La razón por la que debe inscribirse el derecho de superficie no viene referida por su configuración como un gravamen recayente sobre el suelo ajeno, (y recurrir a la fórmula señalada en el art. 312 R.H.), ni como un supuesto de dominio dividido (como aún sigue manteniendo algún autor, e inscribirse en virtud del art. 376 R.H.), sino que el fundamento de la inmatriculación previa del suelo se encuentra en que el derecho de superficie es un derecho real que origina una propiedad especial que necesita para su ejercicio y subsistencia el soporte físico sobre el que se asienta, esto es el suelo ajeno. Y, si nos encontramos en su modalidad de sobreedificación y subedificación superficiaria, el edificio base.

Uno de los principios básicos de nuestro sistema registral, es que la primera inscripción de cada finca será de dominio (art. 7 de la L.H.). No obstante, el art. 377 R.H. admite para el supuesto de la enfiteusis la inmatriculación indistinta del dominio útil o del directo, siempre que a continuación se practique la inscripción del otro dominio

---

<sup>123</sup> En el mismo sentido Cabellos de los Cobos y Mancha (Derecho de superficie: diversidad especificativa y régimen jurídico... en Ponencias... Cit. Pag. 406 y ss) estudian el problema de la doble inmatriculación en las superficies rústicas de labor, agostadero, donde no se exige la previa inscripción del suelo o de las titularidades dominicales, como derechos consuetudinarios que recaen sobre extensas fincas rústicas y que acceden al Registro por vía del art. 205 de la L. H. en consonancia con los arts. 278 y 376 de su R.H.

El art. 278 del R.H. regula para el supuesto en el que se pretendan inscribir participaciones o cuotas indivisas, la obligación de citación a los cotitulares de la misma finca.

Este problema de la doble inmatriculación puede surgir en el supuesto de superficie rústica, siendo más difícil que se produzca en la modalidad urbana, (por estar el suelo urbano más delimitado que el rústico, y además, por no ser objeto de tantos aprovechamientos diferentes como pueden tener lugar en aquél) y por eso solamente lo mencionamos sin detenernos en su estudio.



después del primeramente inscrito.

Debido a la comparación histórica entre enfiteusis y derecho de superficie, podía haberse extendido analógicamente dicho artículo al derecho de superficie. Sin embargo, entendemos que este precepto no es aplicable al mismo. Y ello por la diferencia en cuanto a la naturaleza jurídica de ambas instituciones, pues como ya quedó dicho, en la enfiteusis ambos dominios recaen sobre un mismo objeto, mientras que en la superficie nace una propiedad superficiaria de la construcción separada del suelo pero unida a éste, su soporte material, a través del derecho real de superficie. Es bastante difícil pues, que pueda acceder el derecho de superficie al Registro sin que su base física lo esté.

Burgos Bravo y Martín Martín,<sup>124</sup> recogen dos supuestos con fines ejemplificativos que sostienen esta argumentación: uno, donde el derecho del suelo no está previamente inscrito,<sup>125</sup> y otro, de imposibilidad de transmisión de la propiedad superficiaria, sin que el suelo conste inscrito.<sup>126</sup>

Estamos de acuerdo en que ninguna de las dos situaciones podrá tener lugar en la práctica por la necesidad expresada de inmatriculación previa del suelo. Sin olvidar el problema del tracto sucesivo, pues es necesario la previa inscripción del dominio a favor del constituyen-

---

<sup>124</sup> Burgos Bravo, y Martín Martín: Problemas registrales del derecho de superficie y de la propiedad superficiaria... en Ponencias... Cit. Pag. 362.

<sup>125</sup> "No puede acudir al Registro el ciudadano Cayo portando la escritura en la que Sempronio le concedió el derecho de construir una villa sobre terreno de su propiedad y disfrutar de ella como dueño hasta cierto día si previamente Sempronio no había inscrito a su favor dicho terreno, pues se le dirá que se precisa esta inscripción previa para hacer constar su derecho."

<sup>126</sup> "Tampoco podrá Tito, a quien Cayo vendió la villa construida sobre el terreno de Sempronio, solicitar del Registro de la Propiedad que publique su titularidad dominical, mientras el dueño del suelo siga sin inscribirlo".

te,<sup>127</sup> es decir, del dueño del suelo que concede el derecho de superficie.

Ya hemos visto como en la modalidad urbanística la inscripción tiene un carácter constitutivo. El concedente del derecho, esto es, la Corporación Municipal, debe tener inscrito a su nombre el terreno sobre el que recaé el derecho (más aún tras la consideración actual de la Ley del Suelo de 1992, de constitución del derecho de superficie sobre patrimonio municipal). En el supuesto de que se hubiese omitido la inscripción de dominio del suelo, lo cual privaría al derecho de superficie de acceder al Registro, y, por consiguiente, de nacer validamente a la vida jurídica en el supuesto de la modalidad urbanística, y en el caso de la modalidad urbana común de su inscripción declarativa, ¿cómo resolveríamos el problema? La solución más adecuada, a mi modo de ver, parece ser la del procedimiento del artículo 312 R.H. sobre inscripción de derechos reales de fincas no inscritas, a través

---

<sup>127</sup> El fundamento de este principio, cuya formulación legal se encuentra en el art. 20 LH, muestra un doble aspecto. Desde el punto de vista sustantivo exige la existencia en el folio registral del historial ininterrumpido de la finca, de forma que cada acto modificativo esté enlazado con el anterior (cadena de actos constitutivos, traslativos, modificativos...). Y, desde el punto de vista formal que además cada transmisión tenga un asiento propio, (salvo en las excepciones de tracto abreviado).

En caso de inexistencia de la titularidad del derecho en el Registro por falta de inscripción, en nuestro ejemplo la titularidad dominical del suelo, no se puede inscribir la transmisión o el gravamen de dicho derecho, es decir el nacimiento del derecho de superficie y la existencia de la propiedad superficiaria.

El requisito del tracto sucesivo no sólo afecta a la inscripción de los actos dispositivos que agota la titularidad inscrita, como podría ser la venta de la propiedad superficiaria por el superficiario a un tercero; sino que afecta también a la constitución sobre dicha titularidad de derechos reales limitados, como sería el caso de la constitución de un derecho de superficie sobre la propiedad del suelo. La **R. de DGRN de 30 de julio de 1908 (J. C. 1908. Parte II. Pags 188 y ss)**, declaró que "No puede pues admitirse la instancia en que se solicita la inscripción del derecho de aprovechamiento de corcho de dicho arbolado si no se acompaña el certificado de posesión correspondiente...el arbolado lo adquirió el Estado en virtud de leyes sobre desamortización, y no fue inscrito a su nombre por ignorarse quienes fueran los propietarios de los terrenos, quedando a cargo del comprador subsanar tal defecto". El adquirente, vendió a otra persona el aprovechamiento de corcho del arbolado, derecho que al fallecer esta persona "fue adquirido a virtud de testamento, que se presentó en este expediente por sus hijos y herederos universales."

de la anotación preventiva del derecho real de superficie.<sup>128</sup>

Burgos Bravo y Martín Martín, señalando que este procedimiento es el más seguro, argumentan que "a su juicio, no cabe descartar por completo que sea factible la inscripción del derecho de superficie en su periodo de propiedad superficiaria de manera aislada de la del suelo".<sup>129</sup>

A mi juicio no es posible la solución apuntada, (sobre todo teniendo en cuenta que estos autores son partidarios de la inscripción constitutiva de la institución superficiaria). Y ello, en primer lugar, porque la naturaleza del derecho de superficie, en su modalidad urbanística, exige como requisito indispensable la inscripción previa del mismo, anterior a la propiedad superficiaria, (pues ésta solamente se sustenta jurídicamente a través del derecho real que le sirve como soporte). Además, si la inscripción del derecho de superficie no se ha hecho, no existe -inscripción constitutiva-, no habrá más que un conjunto de relaciones obligacionales entre dos sujetos, pero nunca un derecho real. En segundo lugar, el supuesto señalado por estos autores, es bastante difícil que surja desde el punto de vista de la técnica registral, entre otras razones, por la inexistencia del principio de tracto sucesivo: no podemos inscribir la segunda fase del derecho (propiedad superficiaria), sin la inscripción previa de la fase anterior (concesión del derecho de superficie). Tampoco es posible la inscripción de la primera etapa del derecho, es decir su constitución, si no está inscrito el dominio del suelo a nombre del otorgante (lo que ocurre

---

<sup>128</sup> Se trata del procedimiento recogido en el art. 7- 2º L.H. y del art. 312 R.H, referido a la constitución de un derecho real sobre la finca. Este mecanismo consiste en solicitar la anotación preventiva del título presentado, y después requerir fehacientemente al dueño para que en el término de veinte días inscriba su propiedad o impugne la solicitud. Transcurrido este plazo el anotante puede pedir la inscripción del dominio, obteniendo, con auxilio judicial, copia de los títulos necesarios.

<sup>129</sup> Burgos Bravo, Martín Martín: Problemas registrales del derecho de superficie y de la propiedad superficiaria... en Ponencias... Cit. Pag 363.

en la modalidad urbana común donde la inscripción tiene carácter declarativo).

Pero continuando con la exposición que realizan ambos autores, señalemos que llevan a cabo su argumentación partiendo de la constatación de dos momentos básicos en el desenvolvimiento del derecho de superficie. En la primera fase, momento de la concesión, está claro que el derecho de superficie deberá constar en el folio que contenga la propiedad del suelo gravado, y si ésta no estuviese inscrita se deberá acudir al procedimiento supletorio desarrollado por el R.H. a partir del art. 7-2º L. H, ya que en este momento prevalece su carácter de derecho real limitativo del dominio. Como hemos mantenido, la segunda fase nace cuando el titular del derecho de superficie comienza a construir y se convierte en propietario de la edificación.<sup>130</sup> La posición del dominus soli será la de persona extraña a la edificación, pero que por otro lado, nada obsta para que pueda enajenar o gravar el suelo.

Desde esta perspectiva, ambos autores tratan de esbozar la posibilidad de inscripción del derecho de superficie y de la propiedad superficiaria, sin esperar a la inmatriculación del suelo.<sup>131</sup> Parten de la existencia de esta posibilidad, siempre que las condiciones esenciales sean las siguientes: que la propiedad del solar no conste inscrita; que las condiciones en que se haya producido la convención revistan las características propias del derecho de superficie; y, que resulte del título inscribible haberse cumplido las condiciones del superficiario en cuanto a la edificación y el plazo para ejecutar la obra que se concedió. Continúan manteniendo, que en cuanto a la inscripción debería señalarse con claridad que

---

<sup>130</sup> No olvidemos que mantenemos que a medida que avanza la construcción, el superficiario va adquiriendo la propiedad de lo construido.

<sup>131</sup> Burgos Bravo y Martín Martín concluyen señalando la analogía de esta situación a la de la accesión invertida, censo enfiteútico y concesiones administrativas donde tienen acceso al Registro el título de la concesión con independencia del soporte físico, así como la inscripción de la nuda propiedad de una finca no inscrita.

el objeto del asiento es el dominio superficiario, las condiciones básicas de la concesión, así como todas las circunstancias del concedente y del superficiario.

A mi modo de ver, el error en el que incurren es que parten de la consideración de la propiedad superficiaria como un verdadero dominio, cuando en realidad entiendo que no es así. La propiedad superficiaria no es inmatriculable por sí misma, y ello, porque no existiría sin el derecho de superficie que la origina y sustenta. De forma que si no está inscrito éste, previa inmatriculación del suelo, veo difícil que la propiedad superficiaria se inscriba.

Finalizan su exposición, con la conclusión de la viabilidad técnica de la inscripción del derecho de superficie y de la propiedad superficiaria sin inscripción previa del suelo, aunque recogen tres problemas hipotecarios que "ponen en tela de juicio su utilidad".<sup>132</sup>

---

<sup>132</sup> Los tres problemas que recogen, a los que acompaño mi crítica, son:

- Carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie. Problema que podría quedar resuelto a su juicio, si a la escritura de declaración de obra nueva se le une la de concesión del derecho de superficie.

- Problema de calificación registral sobre la legitimidad del concedente. Cuestionan hasta que punto una persona que comparece en un documento público exponiendo que es dueño de una finca y concediendo un derecho de superficie, goza de credibilidad a los ojos del Registro. No obstante, señalan que en base al art. 205 de la L.H. guardando las precauciones mínimas establecidas, el Registro admite que una persona afirme que es dueña de una finca y transmitirla. De ahí que no sería "muy violento pensar que también podría concederse un derecho de superficie que al tiempo de su ejecución, y adoptando unas garantías similares, pudiera causar una primera inscripción de la propiedad superficiaria. Sería a su juicio "una aplicación del art. 205 hasta sus últimas consecuencias".

El problema a mi juicio reside en que la propiedad superficiaria no puede considerarsela como un verdadero dominio, a efectos de iniciar la inmatriculación de la finca.

- El tercer problema que señalan es, que tras la inmatriculación de la propiedad superficiaria, llegase al Registro un título inmatriculable relativo a la finca sobre la que se estableció en su día un derecho de superficie.

Pueden darse diferentes supuestos:

-Si el titular de la propiedad de la finca es el mismo que el concedente del derecho de superficie, no hay ningún problema.

Entiendo que sí hay tal problema, pues como ya he señalado falta el tracto sucesivo, requisito previo y necesario en toda inscripción registral.

-Continúan señalando que tampoco habrá ninguna complicación si el título que llega al Registro es aquel por el que se transfiere la propiedad al concedente del derecho de superfi-

Entiendo que la importancia del tracto sucesivo como principio general para todos los derechos que acceden al Registro, (y no el carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie en general como proponen estos autores como argumento fundamental), nunca haría viable la posibilidad de que en el Registro se inmatricule la propiedad superficiaria sin que conste inscrita con carácter anterior la propiedad del dueño del suelo, y el mismo derecho de superficie.

Continuando con el estudio doctrinal y su crítica, debemos señalar que otro autor que también ha analizado el supuesto de inscripción de la propiedad superficiaria con independencia de la inscripción del suelo sobre el que recaé, es Presa de la Cuesta.<sup>133</sup>

---

cie (formalización posterior de una adquisición anterior).

El problema, a mi juicio, seguiría existiendo por la falta de tracto inicial.

-Y, mucho menos surgirá esta cuestión, cuando el título sea de la concesión del derecho de superficie.

En la modalidad urbanística consideramos que el problema sigue existiendo por el carácter constitutivo de la inscripción del derecho.

-El problema nace cuando el título inmatriculador no esté otorgado por la persona que concedió el derecho de superficie, sino un tercero que no reconozca la existencia del mismo. Estaríamos ante un supuesto de doble inmatriculación. Señalan ambos autores que la segunda inmatriculación debería denegarse en base al art. 20 de la L.H.

Aunque estos autores mantienen el carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie en general, y nosotros sólo en la modalidad urbanística, no creo que sea posible la resolución de ninguno de estos problemas planteados en base al principio de tracto sucesivo y a la imposibilidad de inmatriculación de la propiedad superficiaria. Considero difícil de imaginar, como ya hemos expuesto, la inscripción del derecho de superficie y de la propiedad superficiaria de él resultante, sin la inscripción del suelo. Además la propiedad superficiaria, **nunca puede considerársela un verdadero dominio que pueda iniciar la inmatriculación de la finca**. Es un derecho con especiales connotaciones y circunstancias, como es la de que el suelo, soporte físico de la misma pertenece a otra persona.

Por todo lo expuesto, y, como conclusión, mantengo la necesidad de inscripción previa del suelo.

<sup>133</sup> Presa de la Cuesta: Causas del desinterés en España por la propiedad superficiaria. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pag. 643.

Parte de que el derecho de superficie otorga un verdadero dominio, y, por consiguiente, cumpliría el requisito exigido por el art. 7-1º L. H, es decir, la exigencia de que la inscripción de cada finca en el Registro de la Propiedad debe ser de dominio.<sup>134</sup>

De su exposición se concluye que, aunque podría considerarse la inscripción de la propiedad superficiaria como un auténtico dominio, el único procedimiento de inmatriculación viable sería el expediente de dominio pero manteniéndolo con serias dudas. Argumento que no nos convence, pues para la existencia y validez de la propiedad superficiaria (propiedad especial), objeto del derecho de superficie urbanístico, es necesaria la inscripción del título que la hace surgir, (exigencia legal), por lo que es imprescindible que el suelo esté también inscrito. Tampoco es acertado considerar la propiedad superficiaria, en ninguna de sus modalidades de derecho de superficie, como un verdadero dominio a los

---

<sup>134</sup> Estudia los distintos medios de inmatriculación por los cuales la propiedad superficiaria podría acceder al Registro:

- El primero de ellos, es el expediente de dominio (art. 199 a) L.H.). Según dicho autor es extraño que el Juez decretara probado el dominio superficiario, pero si lo hiciera, el título sería inmatriculable y el Registrador no podría entrar en los fundamentos de la resolución judicial.

- En cuanto al título público de su adquisición (que sería la obra nueva), completado por el acta de notoriedad (art. 199- 2º L.H.); entiende que la inmatriculación no sería posible pues la escritura de obra nueva no es un título adquisitivo y debería ser completado con el título de concesión del derecho de superficie el cual no estaría inscrito al no estarlo el suelo. Además no olvidemos que, en la modalidad urbanística, al ser constitutiva la inscripción del derecho de superficie sería inexistente si no está inscrito.

- En cuanto al procedimiento establecido por el art. 199-3º L. H, esto es, a las certificaciones de dominio de los bienes de dominio público, lo considera no adecuado para la inmatriculación de la propiedad superficiaria. El por qué radica en que esta vía se utiliza cuando no existe un título escrito de dominio (art. 206 L.H.), y, al ser constitutiva la inscripción del derecho de superficie, es requisito imprescindible la existencia de un título previo (escritura pública de concesión). Si se carece de título no hay propiedad superficiaria, y si el título se tiene no es posible la utilización de esta vía.

- Por lo que se refiere al procedimiento inmatriculador del art. 205 L.H. en relación con el art. 298 R.H., tampoco podrá llevarse a cabo por las mismas razones expuestas que al tratar el título público de adquisición.

A mi juicio el error del que parte, además de considerar la inscripción constitutiva de todo derecho de superficie, es creer que la propiedad superficiaria es inmatriculable independientemente o no de la inscripción del suelo.

efectos del art. 7 L.H. por lo que no sería viable su entrada al Registro de la Propiedad por ninguno de los procedimientos expuestos. Y en cuanto a la modalidad urbana, consideramos necesaria la inscripción previa del suelo para la posterior inscripción del derecho, en base al principio registral de tracto sucesivo.

## 2.- Problemas relacionados con el principio de especialidad.

### A.- Apertura de folio separado a la propiedad superficiaria.

Es por todos sabido que el Registro de la Propiedad se lleva por fincas, abriéndosele a cada una de ellas un folio propio, que es su registro particular, donde se practican todos los asientos relativos a la misma. (Art. 9 L.H.)

En relación con el tema objeto de nuestro estudio, se plantea la posibilidad de abrir un folio separado e independiente a la propiedad superficiaria al igual que ocurre en otras legislaciones,<sup>135</sup> donde, una vez inscrito el dominio de una finca y concedido por su titular el derecho de superficie sobre la misma, el superficiario inscribe el gravamen en el folio abierto al suelo. No obstante, una vez que el superficiario cumple con su derecho, y construye la edificación de la cual es propietario, se plantea si la inscripción de la

---

<sup>135</sup> Breve referencia a la situación en el Derecho Europeo (Fuentes Lojo: Suma de la propiedad por apartamentos...Cit. Pag. 352 y ss ).

-El **Código Civil Suizo de 1907** considera a la superficie como una servidumbre, señalando su carácter distinto y permanente, pero que puede ser inmatriculado como inmueble en el Registro fundiario.

-El **Código Alemán**, en su parágrafo 1.017 declara aplicable al derecho de superficie los preceptos relativos a las fincas. Este precepto fue desarrollado por la **Ordenanza Alemana de 15 de enero de 1919**, que señala la obligación del Registrador de abrir de oficio una hoja para los derechos de superficie que se constituyan en el futuro. A efectos registrales, este derecho se encuentra sometido a un régimen especial, apareciendo en dos lugares distintos: uno en el folio correspondiente a la finca del concedente como gravamen; y otro en un folio privativo e independiente, donde se hará constar sus propios gravámenes. (Inscribiéndose las cuestiones de tamaño, forma, altura, pisos o habitaciones de los edificios. Los pactos sobre reparación, acuerdos sobre las rentas...)

-La **Ley Austriaca de 26 de abril de 1912**, la **Ley Belga de 10 de enero de 1924**, el **Código Civil Portugués de 25 de noviembre de 1966** y el **Código Holandés**, establecen únicamente la obligación de inscripción de este derecho.



propiedad superficiaria deberá constar en el mismo folio y bajo el mismo número que el suelo, o, por el contrario, aparte de dejar expresada en dicho folio la creación de la propiedad superficiaria, abrir un folio independiente para ella donde conste el historial jurídico propio de la finca (sus gravámenes, hipoteca, transmisiones...).<sup>136</sup>

En las últimas décadas, la doctrina se ha dividido en dos posturas diferentes acerca de la necesidad o no de un folio propio para la inscripción de la propiedad separada.

Dentro del grupo de autores que mantiene su negativa a la apertura de folio separado nos encontramos a Mezquita del Cacho,<sup>137</sup> Roca Sastre,<sup>138</sup> Gullón Ballesteros,<sup>139</sup> Tena y Martín,<sup>140</sup> Guilarte Zapatero,<sup>141</sup> y ultimamente, Arnaiz Eguren.<sup>142</sup>

---

<sup>136</sup> Este tema fue objeto de estudio en el VI Congreso Internacional de Derecho Registral. (Año 1985).

Burgos Bravo y Martín Martín (Problemas registrales del derecho de superficie y de la propiedad superficiaria... Cit. Pag. 358) señalan que "dentro de las Conclusiones que formula la delegación de nuestro país, y de que ya tiene conocimiento el Congreso, leemos que su extremo quinto aboga en favor de que la propiedad superficiaria creada debe abrir folio registral nuevo, en el que sin perjuicio de la conexión con el folio del suelo, con vistas a la posterior consolidación del dominio, se vayan haciendo constar las vicisitudes jurídicas de la propiedad superficiaria".

<sup>137</sup> Mezquita del Cacho: El derecho real de superficie en la Ley de 12 de mayo de 1956... Cit. Pags. 756 y ss

<sup>138</sup> Roca Sastre: Ensayo sobre el derecho de superficie... Cit. Pag. 46

<sup>139</sup> Gullón Ballesteros: El contenido de la relación jurídica superficiaria en la vigente legislación española. R.J.C. 1960. Pag. 242 y ss.

<sup>140</sup> Tena y Martín: Proyecciones del derecho de accesión en el Registro de la Propiedad... Cit. Pags. 133 y ss

<sup>141</sup> Guilarte Zapatero: El derecho de superficie... Cit. Pag. 230.

<sup>142</sup> Arnaiz Eguren (Los aparcamientos subterráneos... Cit. Pag. 122), niega la posibilidad del folio separado, afirmando que "la idea de que la constitución de derecho de superficie haya de generar finca independiente, en aras de la clarificación de los libros registrales, parece situar la figura en parangón con los supuestos de propiedad horizontal y sus figuras afines, cuando en realidad pertenece más bien al género de las instituciones censales, en las que la concepción del dominio dividido que debe dar lugar a folios diferentes para las distintas manifestaciones dominicales ha sido ya superada. Otra cosa es que

Todos estos autores entienden que debe seguirse el sistema general, consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, referido a la inscripción de los derechos reales impuestos sobre bienes inmuebles. Señalan la posibilidad de ir en contra de los principios de especialidad y publicidad inmobiliarios y la inexistencia de una norma específica en la Ley Hipotecaria o en su Reglamento que posibilite la inscripción separada.

El cambio de la doctrina se produce con Fosal Belloch,<sup>143</sup> que establece la existencia de una propiedad independiente: la propiedad superficiaria. Es una característica peculiar de este derecho de superficie, pues "ningún derecho real otorga a su titular la propiedad plena de una parte integrante de su objeto". Continúa diciendo "que de no configurarse este derecho como finca independiente e inscribirse en folio propio, se quebrantaría el principio hipotecario de especialidad... pues produciría confusión el que en un mismo folio del Registro figuren el dominio del suelo, el derecho de superficie y los gravámenes, en muchas ocasiones análogos, del suelo y de la superficie".

A partir de este momento son muchos los autores que siguen esta línea de opinión, señalándose la necesidad de inscripción en el folio de la finca matriz, y folio separado para el derecho de superficie y la propiedad superficiaria. Entre ellos destacan, La Rica,<sup>144</sup>

---

el edificio sujeto a superficie o construido en ejercicio de este derecho se constituya en propiedad horizontal, en cuyo caso sí tiene razón de ser la diversificación de entidades registrales diferentes."

Aunque también señala que "en este supuesto la apertura de folio no tiene lugar respecto de la titularidad superficiaria como tal, sino para las distintas unidades susceptibles de aprovechamiento independiente, lo que supone una aplicación del principio no una excepción."

<sup>143</sup> Fosal Belloch: Problemas registrales que plantea la modalidad urbanística del derecho de superficie... Cit. Pag. 851-852.

<sup>144</sup> La Rica y Arenal: Comentarios a la Reforma del Reglamento Hipotecario... Cit. Pag. 28.

De los Mozos,<sup>145</sup> Fuentes Lojo,<sup>146</sup> y Amengual Pons.<sup>147</sup>

La diferencia de posturas tiene su origen, en parte, en la desigual concepción de la naturaleza de la figura. Así, muchos de los autores que consideran el derecho de superficie como un mero derecho real sobre cosa ajena, o incluso análogo a las formas censales, son partidarios de inscribir la edificación en el mismo folio que la finca, basándose en el sistema del folio real vigente en nuestro sistema hipotecario. Por el contrario, los partidarios de considerar la institución como un derecho real que origina una propiedad limitada, están a favor de la tesis del folio separado.

De ahí que en la actualidad, momento en el cual la existencia de la propiedad superficiaria se ha admitido, los autores que han tratado este tema<sup>148</sup> no duden en afirmar

---

<sup>145</sup> De los Mozos: El derecho de superficie en general... Cit. Pag 292. Recoge de lege ferenda que por las ventajas que ello representa debería inscribirse en folio autónomo.

<sup>146</sup> Fuentes Lojo: Suma de la Propiedad por apartamentos... Cit. Pag 392

<sup>147</sup> Amengual Pons: El derecho de superficie en la Ley del Suelo y en la Legislación Hipotecaria... Cit. Pag. 641.

<sup>148</sup> Autores que han tratado este punto: Cardenaba Coya y García Pumarino Ramos (El derecho de superficie y el Registro de la Propiedad. Cit. Pags. 425 y 426), Mesa Martín (El derecho de superficie. Bosquejo. Cit. Pag. 570), Ruano Borrella (Esquema de la regulación del derecho de superficie en el ordenamiento jurídico español... Cit. Pag. 728), Laso Martínez (El derecho de superficie en el ámbito urbanístico. Cit. Pag 549 y 550), Burgos Bravo y Martín Martín (Problemas registrales del Derecho de superficie y de la propiedad superficiaria. Cit. Pag. 357 y ss).

Destacamos en contra la opinión de Ruiz de Erenchun, -aunque no olvidemos que al ser argentino su opinión tenga más valor en el sistema registral argentino- (El derecho de superficie y el Registro. Ponencias y Comunicaciones presentas al VI Congreso Internacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid. 1985. Pag.731), que señala como desaconsejable el desdoblamiento de dos folios reales o inmatriculaciones diferentes para registrar el dominio útil o superficiario y la mera titularidad del dominio del concedente. Todo ello iría en detrimento de la unidad del Registro y la consecución de la exactitud de los asientos.

Personalmente encuentro esta postura criticable puesta en relación con nuestro ordenamiento, ya que en ningún caso se produciría un detrimento de la unidad del Registro, por un desdoblamiento de dos folios reales, ya que únicamente se añade un folio nuevo en favor de la propiedad superficiaria propiciándose a su vez una mayor exactitud

la posibilidad de practicar este asiento en un folio propio.

Pero, ¿qué es lo que en realidad ocurre? Hasta este momento la práctica registral, (que aunque escasa en esta materia, cada vez va teniendo más auge debido al relanzamiento de la figura por las Corporaciones Municipales principalmente), procede a inscribir la declaración de obra nueva en el mismo folio de la finca originaria, procediéndose únicamente a abrir un folio nuevo para cada finca resultante en el caso de que, simultanea o posteriormente, se proceda a dividir horizontalmente el inmueble. Todo ello en virtud del art. 8-5º L.H. es decir, aplicando el régimen propio de la propiedad horizontal en nuestro Derecho.

Una vez expuesta la cuestión, debemos partir de la inexistencia de una norma explícita que señale la obligación de acudir a uno u otro procedimiento, de ahí que busquemos una postura que sea conforme a los principios inspiradores del Registro, como

---

de los asientos. No es tan extraño este desdoblamiento en nuestro sistema, pues se produce en los supuestos de propiedad horizontal. Y no olvidemos la **R. de la D.G.R.N. de 2 de abril de 1980** donde se abogaba ya por el triple folio en un supuesto de registración de una urbanización debido a su complejidad y en aras siempre de la Seguridad Jurídica y de la descongestión del folio matriz.

Además el precedente reglamentario más claro en la actualidad, se da en los garajes que se adquieren mediante simples cuotas indivisas del local (con derecho de uso separado), y que, a pesar de ello, se lleva su historial a folio independiente (art. 68 R.H.).

También los administrativistas Nuñez Ruiz (Dictamen sobre el derecho de superficie, la división horizontal del dominio y otras figuras afines. R.D.U. nº. 29. 1972. Pag. 101) y González Pérez (Comentarios a la Ley del Suelo. 6ª ed. Civitas. Madrid. 1993. Pag. 1.524), han señalado la importancia de creación de un folio separado para la propiedad superficiaria.

Es interesante resaltar la opinión de Torres Lana (La configuración jurídica del volumen de edificabilidad. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona. 1973. Pag. 360) que señala que "si se admite la inscripción separada, el volumen deberá figurar en el folio nuevo; pero sin que ello implique que deba abandonar el de la finca. Figurará por partida doble, porque doble es su función, de acuerdo con esa dimensión, al tiempo objetiva y subjetiva, que le hemos atribuido. En el folio de la finca, configurará ésta; en el de la superficie, define el ámbito de la misma". Finaliza diciendo que "tal vez podría defenderse que, antes de que haya una estricta propiedad superficiaria, hay una titularidad autónoma del volumen; y que ésta, es también objeto de la inscripción en el folio nuevo".

son los de claridad y descongestión de los folios registrales. Y a la vez, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la figura, resaltemos la autonomía de la propiedad superficiaria.

Si se inscriben todas las circunstancias relativas al derecho de superficie y a la propiedad superficiaria en el folio registral de la finca, nos encontramos con que en un mismo folio estaría: la inscripción de la finca, la concesión del derecho de superficie, la declaración de obra nueva de la propiedad superficiaria, publicándose a partir de ese momento las posibles vicisitudes afectantes a la finca (todos los actos de disposición y gravamen posibles de la misma con las limitaciones sabidas) y las afectantes a la propiedad superficiaria (hipoteca, transmisiones, gravámenes...).

Sería más sencillo proceder a la inscripción de la constitución del derecho de superficie en el folio de la finca, y una vez constituido el derecho abrir también un folio propio e independiente.<sup>149</sup> En dicho folio se harían constar todas las vicisitudes posteriores que tengan lugar durante la subsistencia del derecho hasta que éste se extinga, en cuyo momento se cancelaría íntegramente el folio, y así se haría constar, en el folio del que emanaron.

Pero ¿es posible que el desdoblamiento del folio vulnere el principio de especialidad?. Entiendo que no, porque con la apertura del folio separado es necesario que se realicen las conexiones precisas entre ambos folios, a través de las notas marginales. Llegar a esta conclusión no supone una innovación en nuestro sistema registral. Es lo mismo que

---

<sup>149</sup> Esta solución la apuntamos para el supuesto de que se constituya una edificación sin dividir en propiedad horizontal, pues en caso contrario, una vez hecha la misma, a cada piso con sus sucesivos asientos posteriores (hipotecas, transmisiones, gravámenes) se les abrirá un folio independiente, no creándose problemas de congestión alguna. Sin embargo, esto no ocurrirá casi nunca, porque el derecho de superficie se adquiere normalmente para construir nuevos edificios y venderlos o adjudicarlos por pisos - esa es como ya hemos visto, su mayor finalidad práctica-. Aunque no descartamos la existencia de la posibilidad anterior.

ocurre en el caso de las concesiones administrativas, principalmente en las concesiones demaniales, en donde se inscriben los bienes inmuebles afectos a la concesión donde la finca radica, pero a su vez la concesión administrativa, como tal, es finca independiente.

Otro argumento a favor de este procedimiento es el invocado por Cardenaba Coya y García Pumarino Ramos,<sup>150</sup> al señalar que tiene más justificación el folio separado en el derecho de superficie que en el régimen de propiedad horizontal, pues en el primer caso, el derecho es el propio soporte de la edificación o propiedad superficiaria, siendo por tanto más intensa la separación con el suelo que en la propiedad horizontal.

No olvidemos que, en el derecho de superficie, el titular del derecho no se limita a recibir lo que pertenecía al anterior dueño, sino que transforma el suelo recibido, lo enriquece con la construcción y lo hace temporal o indefinidamente suyo. En la propiedad horizontal, la razón por la que se establece un número distinto y folio separado los diferentes pisos y locales, se debe a una descongestión del folio o finca matriz, aunque en rigor la primera inscripción del folio separado no contiene jurídicamente nada que no tenga el folio de la finca matriz.<sup>151</sup>

Además un derecho de propiedad, aunque ésta pueda ser temporal, siempre tendrá más consistencia que, por ejemplo, los "aprovechamientos volantes del suelo", a los cuales se

---

<sup>150</sup> Cardenaba Coya y García Pumarino Ramos: El derecho de Superficie y el Registro de la Propiedad... Cit. Pag 426.

<sup>151</sup> Estos autores muestran como supuesto análogo existente en la actual regulación, la inscripción de los dominios útil y directo en el caso de la propiedad dividida a que se refiere el art. 377 del R. H. Pues permite que cualquiera de los dos dominios útil y directo pueda abrir folio, pero, a su vez, cautelosamente obliga a que ambos dominios consten en la misma hoja.

Personalmente considero que el derecho de superficie no se puede equiparar al censo, como anteriormente se venía haciendo, y mucho menos desde la configuración de la propiedad superficiaria como una propiedad limitada, en base a lo dispuesto en la Ley del Suelo y el Reglamento Hipotecario.

les abre folio por un lado al vuelo y por otro al terreno, por idénticas razones al caso que nos ocupa, como son la multiplicidad de enajenaciones, hipotecas, embargos.<sup>152</sup>

Como conclusión y desde el punto de vista de la norma hipotecaria, dotar de folio separado a la propiedad superficiaria no contraviene lo dispuesto en el art. 8-5 L.S, cuando establece "que cada finca tendrá, desde que se inscriba por primera vez, un número diferente y correlativo". No habrá pues una duplicidad contraria al principio de especialidad, siempre que haya una interconexión entre ambos folios en base a las notas marginales necesarias.

En cuanto a los derechos de sobreedificación y subedificación superficiarios, es igualmente necesaria la apertura de un folio separado por idénticas razones.<sup>153</sup>

#### B.- Modificaciones de los elementos objetivos.

Para proceder a la modificación de las fincas, una vez concedido el derecho de superficie, es requisito necesario, que al ser dicha alteración un acto de riguroso dominio del suelo, concurren a ellas todos los propietarios del suelo. Nos referimos, tanto al supuesto de **agrupación** de fincas (cuando la propiedad de las mismas esté en manos de un sólo dominus soli, como en el supuesto en que esté en manos de varios propietarios o cuando sólo estén gravadas alguna de ellas perteneciendo las restantes al superficiario),

---

<sup>152</sup> Así lo señala claramente Utrera Ravassa: El aprovechamiento urbanístico en suelo sin aprovechamiento. Ponencias y Comunicaciones Presentadas al VI Congreso Internacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid. 1985. Pag. 762.

<sup>153</sup> Así nos encontraremos con un folio de la finca matriz, relativa al suelo y a la edificación objeto de propiedad horizontal donde constará el Título Constitutivo de la misma en el que se deberá insertar la reserva de los derechos de sobreedificación y subedificación superficiaria. Posteriormente se abrirán tantos folios como pisos y locales haya. Al igual que tantos folios como derechos de sobreedificación o subedificación se hayan concedido, donde consten los pisos sobre el edificio, o en el subsuelo del mismo y las vicisitudes que a los mismos afecten.

como al supuesto de **agregación**.

Burgos Bravo y Martín Martín,<sup>154</sup> señalan que en estos casos, de llevarse a cabo la construcción, los problemas vendrían a la hora de la reversión de lo edificado. La solución que mantienen dichos autores sería la asignación de las diferentes cuotas dominicales del edificio a cada propietario del suelo.

Entendemos que en estos casos la solución sería la reversión de la edificación según la titularidad conjunta del suelo. Esto significa que para la realización de estas modificaciones debe existir una titularidad conjunta sobre el suelo previa a la concesión del derecho de superficie, de forma que, en el momento de la reversión de la edificación ésta iría a poder de dicha titularidad. Cuestión aparte es que, en base a la cuota de suelo de cada propietario, se proceda a realizar la asignación de la parte de edificación que les corresponda.

En cuanto a la **segregación y división**, estos autores señalan que los problemas serían menores desde el momento en que la reversión se verificaría exclusivamente en favor de una misma persona.

Y en cuanto a la modificación de la propiedad superficiaria separada, ¿es posible que el propietario de un piso o local tenga la facultad de dividir los mismos o sus anejos para formar otros más reducidos e independientes, o también aumentarlos por agregación de otros colindantes del mismo edificio o disminuirlos por segregación de alguna parte?. Pensemos en un edificio constituido en base a un derecho de superficie y dividido, con posterioridad, en propiedad horizontal; o simplemente en un edificio de propiedad horizontal en el que haya algún derecho de superficie, y, por consiguiente, algún piso sea

---

<sup>154</sup> Burgos Bravo y Martín Martín: Problemas registrales del derecho de superficie y de la propiedad superficiaria...en Ponencias... Cit. Pag. 368 y ss.



de propiedad superficiaria separada.

La cuestión principal que se plantea es si es posible que el superficiario pueda realizar tales modificaciones sin el concurso del dominus soli, o concedente del derecho. Teniendo en cuenta que el superficiario es el propietario de la edificación podría pensarse que es posible, salvo pacto en contrario, la realización a su costa de la agrupación, agregación, separación y división siempre que las unidades resultantes sean susceptibles de aprovechamientos independientes y tengan, por ejemplo, salidas al exterior o a algún elemento común.<sup>155</sup>

Entiendo que siendo el superficiario el propietario de la edificación ya sea por un periodo temporal en la modalidad urbanística o por un periodo indefinido en la urbana, en base a la propia naturaleza del derecho de propiedad del superficiario sobre el vuelo, sí puede realizar cuantas modificaciones sobre la finca desee. Y ello porque el cedente otorga la facultad de edificar una construcción sobre su suelo, para que sobre ella surja una propiedad. No obstante, debemos dejar constancia que en la modalidad urbanística puede pensarse en que existe un control de la Administración, aunque la Ley del Suelo no dice nada. En conexión con este argumento y como ya hemos visto, el Reglamento Hipotecario, en su art. 16, señala la obligación de hacer constar en la inscripción las características generales de la edificación,<sup>156</sup> criterio que no obstaculiza que éstas modificaciones puedan ser realizadas con posterioridad por los propietarios superficiarios.

---

<sup>155</sup> Podría pensarse en un caso de colindancia horizontal: dos pisos o locales, o un piso y un anejo -tabiques que se suprimen o que se crean según sea la modificación, o de colindancia vertical: dos plantas diferentes, o un piso y un trastero, o un piso y una buhardilla (techo o suelo que se suprime).

<sup>156</sup> A la Administración le interesará la reversión del edificio con las características que se pactó, pudiendo no interesarle la reversión del inmueble de forma diferente a como se fijó en el Título de División Horizontal, o como se estableció en la concesión del derecho de superficie.

### **3.- Cuestiones registrales en relación con la reversión de la propiedad superficiaria, tras la extinción del derecho de superficie.**

#### **A.- Cancelación del derecho de superficie e inscripción a favor del concedente.**

Una vez transcurrido el plazo de vigencia del derecho de superficie, la propiedad superficiaria se extingue y revierte lo construido al dueño del suelo, salvo nueva concesión o pacto en contra. En esta situación debería cancelarse la inscripción del derecho de superficie, así como todos los asientos que traigan causa de aquella, por haberse extinguido el derecho inscrito, ya que en caso contrario, se estaría dando paso a la discordancia entre realidad registral y extrarregistral, y entonces, el Registro no cumpliría eficazmente su función propia: dar a conocer la situación real vigente de las titularidades jurídicas.

La cuestión se centra en determinar quién sería el encargado de solicitarla: el superficiario, que finaliza su derecho, o, el concedente que resulta beneficiado por la finalización del plazo del derecho. Ambos están legitimados para la cancelación de la propiedad superficiaria, aunque es razonable pensar que será aquél quien normalmente lo solicite por su evidente interés en la práctica del asiento cancelatorio, con la finalidad de obtener la titularidad registral de su dominio pleno y libre de la importante limitación que significaba la propiedad superficiaria.

Pero igualmente el superficiario, sin intervención del dominus soli, podrá solicitar la cancelación de la inscripción de su titularidad, una vez que ésta se ha extinguido por transcurso del plazo.

Podemos señalar que si el derecho de superficie termina por el transcurso del plazo, se produce una "cancelación automática sin consentimiento del titular registral" (art. 82-

2º),<sup>157</sup> sólo bastaría acreditar el hecho extintivo. De esta forma, una vez transcurrido el plazo para el que fue concertado el derecho de superficie no es necesario plantearse el supuesto de la necesidad, o no, de la inscripción de la propiedad superficiaria a favor del dueño del suelo, ya que no debemos olvidar que los efectos de la accesión son automáticos.<sup>158</sup>

Si por el contrario, termina antes del plazo pactado, sería necesario acreditar la causa extintiva concurrente (resolución del derecho del concedente, mutuo disenso, expropiación, renuncia... etc). En este último supuesto -la renuncia extintiva del derecho-, para obtener la cancelación hará falta acreditar el consentimiento con expresión de la causa extintiva del derecho para la cancelación,<sup>159</sup> por parte del titular del derecho de superficie (art. 82-1º).<sup>160</sup>

Otro problema es el que hace referencia a la desaparición, mediante su cancelación,

---

<sup>157</sup> Art. 82-2º L.H: "Podrán, no obstante, ser canceladas sin dichos requisitos cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de la Ley o resulte así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación preventiva".

<sup>158</sup> Si partimos de que el derecho de superficie nace como consecuencia de la paralización de los efectos de la accesión por el tiempo en que éste se ha otorgado, podríamos mantener que una vez transcurrido el plazo no es necesaria dicha inscripción a su favor. Unicamente se publicaría la extinción de la titularidad superficiaria, pasando a considerarse la declaración de obra nueva de la propiedad superficiaria, producto de la concesión del derecho, como efectuada por el dueño del suelo.

<sup>159</sup> No olvidemos que no cabe consentimiento abstracto, es preciso expresar la causa de la cancelación (art. 193-2 R.H.).

<sup>160</sup> Art. 82-1º L.H. "Las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública no se cancelarán sino por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, o por otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, a sus causahabientes o representantes legítimos".

En su desarrollo el art. 193-2º del Reglamento dispone "que la cancelación extensa se practicará en el libro y folio correspondientes, según su fecha, y contendrá las circunstancias siguientes: 2º: causa o razón de su cancelación."

de asientos posteriores a la concesión del derecho de superficie, tales como: la inscripción de la propiedad superficiaria a favor de su titular, la declaración de obra nueva, la división horizontal del inmueble, así como, las sucesivas transmisiones, gravámenes o derechos concedidos por el superficiario.<sup>161</sup>

Pues bien, ¿qué ocurrirá tras la extinción total del derecho de superficie por el transcurso del plazo?. Se extinguirán todos los derechos y gravámenes posteriores recayentes sobre la propiedad superficiaria, revertiendo al propietario del suelo la edificación libre de toda carga y gravamen.

Y, ¿respecto a la cancelación del asiento? Una vez que se ha extinguido el derecho, en este caso por efecto natural de la duración del mismo, se extinguirán los derechos posteriores, y, por consiguiente, deberán cancelarse igualmente todos los asientos posteriores ya que en el Registro deberá constar la duración de todos ellos. Este hecho a su vez será conocido no sólo por el titular de cada uno de ellos, sino que al constar en el Registro también por los terceros.

El problema viene a la hora de señalar si la cancelación del derecho de superficie supone la cancelación de los asientos posteriores. Entiendo que sí es posible, y ello, porque todos los derechos y gravámenes posteriores se han extinguido. El propietario del suelo, al que revierte la propiedad superficiaria, podrá en base al art. 40 b) L.H. pedir la cancelación de los mismos por su extinción, la cual resulta del mismo título en cuya virtud

---

<sup>161</sup> La existencia de tales gravámenes o transmisiones de la propiedad superficiaria no ha podido constituirse por un tiempo de duración superior a la del derecho de superficie ya que nadie puede transmitir ni gravar un derecho por un tiempo superior al que le fue concedido (además si estas transmisiones y gravámenes han sido inscritas, el Registrador en su calificación deberá examinar la duración de dichos asientos posteriores al asiento de concesión del derecho de superficie).

se practicó la inscripción.<sup>162</sup>

Por otro lado, es conveniente plantearse los efectos que se producen si el derecho de superficie se ha extinguido por el transcurso de su plazo de vigencia y no se ha cancelado la inscripción todavía. En este supuesto el Registro estaría publicando la existencia de un derecho que no es actual, lo que significa la quiebra de la presunción de concordancia del Registro con la realidad extrarregistral (base del art. 38 L.H.), no pudiendo tampoco surgir los efectos protectores de la fé pública registral. (art. 34)

#### B.- Cancelación de oficio

Otro problema planteado por Burgos Bravo y Martín Martín, es si como consecuencia de una solicitud de certificación de cargas, artículo 353 R.H. se puede proceder a la cancelación de una extinta propiedad superficiaria por transcurso del plazo del derecho superficiario. La solución a la que llegan es que no cabe cancelar de oficio la extinción de la propiedad superficiaria por transcurso del plazo, aún encontrándonos en el supuesto recogido por el art. 82 de la Ley Hipotecaria (cancelación automática).<sup>163</sup> Y ello, por que mantienen que debe ser la persona legitimada para ello la que solicite la cancelación expresamente por "el complejo entramado de intereses que pueden ser

---

<sup>162</sup> Esta solución encaja así mismo como argumento a favor en el tema de la apertura de folio separado al propietario superficiario, pues si esé se hubiera realizado bastaría con cancelar el mismo con carácter general, y en el folio abierto a la finca, hacer constar la cancelación del derecho de superficie sin más.

Opinión que es también mantenida por Burgos Bravo y Martín Martín (Problemas registrales... Cit. Pag 371) quienes argumentan a favor de esta solución, que "pudiera no interesar el mantenimiento de una edificación obsoleta, ni física ni jurídicamente, iniciándose así una nueva vida registral para la finca en cuestión".

<sup>163</sup> Artículo que autoriza al Registrador a cancelar inscripciones o anotaciones sin consentimiento de su titular ni sentencia firme, cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de la Ley o resulte así mismo del título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación preventiva.

afectados por aquella y habida cuenta también de la distinción entre los supuestos de extinción automática de un derecho y los medios necesarios para hacer constar en el Registro tal extinción".<sup>164</sup>

Considero que sería posible la cancelación del derecho de superficie sin la previa consulta al titular del derecho, en ambas modalidades, pues al pactarse expresamente su plazo de duración, (en la urbanística porque expresamente está determinado por la Ley, y en la modalidad urbana porque se recoge en su título constitutivo), que además es un requisito necesario que conste en la inscripción del derecho como señala expresamente el art. 16 del R.H., y ser patente la extinción del mismo, sería improcedente mantener una situación que se encuentra determinada y extinguida de antemano.<sup>165</sup> En realidad se podría cancelar de oficio, pero con un plazo prudencial que podría determinarse, por ejemplo, en tres meses. Así, en el supuesto de que se solicitase al Registrador una certificación de cargas y gravámenes sobre el derecho de dominio del suelo, sobre el que recaía un derecho de superficie, y el Registrador compruebe que, tanto el derecho de superficie como los derechos y gravámenes que le afectaban, se han extinguido por el

---

<sup>164</sup> Burgos Bravo y Martín Martín: Problemas registrales... Cit. Pag 372.

<sup>165</sup> No obstante la doctrina y la Jurisprudencia no está muy conforme sobre la validez de aquellos pactos en los que el titular registral del gravamen o derecho condicional que se crea, presta su consentimiento para la cancelación una vez extinguido aquél. Problema que se plantea en relación con la condición resolutoria pactada en favor del vendedor para el caso de impago del precio aplazado por el comprador del inmueble.

En caso del derecho de superficie en su modalidad urbanística, cuyo plazo está determinado expresamente por la Ley Suelo, sobre todo cuando el concedente es una Corporación Local, entiendo que sería posible la cancelación de oficio.

No debemos olvidar como el superficiario nunca presta su consentimiento para la extinción del derecho, pues la existencia de un plazo le es impuesto terminantemente por la Ley. Es pues un caso excepcional.

En cuanto a la cancelación del asiento, no hay duda en base a lo ya señalado que la misma debe hacerse en virtud de solicitud, aún en el supuesto de cancelación automática del art. 82-2 L.H.

transcurso del plazo de duración, a mi juicio no cabe ninguna duda de que sea posible proceder a su cancelación de oficio.

R.D. 118.014

TE

962



BIBLIOTECA U.C.M.



5308465807

**EL DERECHO DE EDIFICACION SOBRE FUNDO AJENO.**

**ASPECTOS CIVILES Y REGISTRALES**

DONATIVE



MARIA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Tomo II



**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID. FACULTAD DE DERECHO**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL**

---

**EL DERECHO DE EDIFICACION SOBRE FUNDO AJENO.**

**ASPECTOS CIVILES Y REGISTRALES**

MARIA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

## **CAPITULO CUARTO**

### **BREVE ANALISIS DEL CONTENIDO, EJERCICIO Y EXTINCION DEL DERECHO DE SUPERFICIE Y SU COMPARACION CON LOS ORDENAMIENTOS ITALIANO, FRANCES Y PORTUGUES.**

#### **SUMARIO:**

##### **I.- INTRODUCCION.**

**II.- BREVE EXPOSICION COMPARATIVA DE LA CONSTITUCION Y DE LOS  
ELEMENTOS DEL DERECHO DE SUPERFICIE:** 1.- Referencia a la constitución contractual y legal del derecho de superficie. A.- Constitución contractual. B.- Constitución legal. 2.- Referencia a los elementos personales, reales y formales. A.-Elementos personales. B.- Requisitos objetivos. C.- Elementos formales.

**III.- CONTENIDO Y EJERCICIO DEL DERECHO** 1.-Introducción 2.- Derechos y obligaciones del concedente del derecho. 3.-Derechos y obligaciones del superficiario.

**IV.- EXTINCION DEL DERECHO.** 1.-Introducción. 2.-Causas de extinción. A.- Transcurso del plazo para el que fue constituido. B.-Resolución del título constitutivo. C.- Otras causas. 3.-Efectos. A.-Reversión. B.-Existencia o no de la indemnización tras la reversion. C.-Derechos reales y personales de los terceros constituidos por el superficiario. D.-Derechos reales de los terceros constituidos por el dueño del suelo.

## **I.- INTRODUCCION**

Dentro de un planteamiento que podríamos denominar clásico, en este Capítulo sería necesario estudiar detenidamente los modos de constitución, elementos (personales, reales y formales), el contenido y la extinción del derecho de superficie. Aún adoptando dicho esquema, y con la finalidad de tener una visión panorámica de la figura, hemos creído más oportuno hacer únicamente una breve referencia de algunos de los aspectos más interesantes de los modos de constitución del derecho de superficie, y también de sus elementos. De este modo, hemos preferido detenernos más en el contenido y en la extinción del derecho, con el fin de realizar un análisis comparativo, y, así poder profundizar realmente en el objeto actual del presente trabajo, que radica en el estudio de los problemas actuales de la institución superficiaria, los cuales serán estudiados en la parte final del mismo.

## **II.- BREVE EXPOSICION COMPARATIVA DE LA CONSTITUCION Y DE LOS ELEMENTOS DEL DERECHO DE SUPERFICIE**

### **1.- Referencia a la constitución contractual y legal del derecho de superficie.**

El derecho de superficie puede originarse por cualquiera de las posibles formas a través de las cuales nacen los derechos reales. El modo normal de adquisición del mismo es el negocio jurídico, es decir, la declaración de voluntad del dominus soli aceptada por el superficiario. Negocio jurídico que puede ser realizado inter vivos, o mortis causa. Sin embargo, al ser una figura utilizada también con fines urbanísticos, la Ley del Suelo ha determinado expresamente unos medios de constitución para ser ejercitados específicamente por la Administración.

De lo hasta aquí expuesto y para un mejor estudio del tema podemos realizar una clasificación de sus diferentes modos de constitución. Así, nos encontramos con dos grupos bien diferenciados, el primero de ellos lo hemos recogido bajo el epígrafe constitución contractual,<sup>1</sup> (a través de los cuales nace la modalidad urbana común) pudiendo nacer, inter vivos, como consecuencia de una venta, una permuta, una donación, y, mortis causa, a través de un testamento. Y, un segundo grupo, que estaría formado por los modos de constitución previstos expresamente en la Ley del Suelo, (y por consiguiente, afecta a la

---

<sup>1</sup> Tomamos el concepto de constitución contractual, como término opuesto al de constitución legal, y no porque todos los modos de adquisición del derecho de superficie a los que hacemos referencia sean contratos, (ya que puede constituirse a través de un negocio mortis causa), aunque sí la mayoría: compraventa, arrendamiento. Hemos de hacer constar, que el Fuero Nuevo, o Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, recoge con carácter innovador en nuestro Derecho, en su Ley 428 regla 1ª, los diferentes modos de constitución del derecho de superficie, así como los de sobreedificación y subedificación. De esta forma se establece que "pueden constituirse por actos inter vivos o mortis causa, a título oneroso o lucrativo, bien por constitución directa mediante enajenación o concesión, bien mediante reserva o retención en un acto de transmisión de la propiedad".

'modalidad urbanística), como son la gestión directa o cesión, y la expropiación forzosa, los cuales hemos encuadrado bajo el título de constitución legal.<sup>2</sup>

A.- Constitución contractual.<sup>3</sup>

La compraventa es el medio ordinario más habitual de constitución del derecho de superficie. Esto significa que en la práctica no sólo utilizamos la compraventa para el supuesto de transmisión del derecho una vez ya constituido, es decir, cuando se transfiere de un primer superficiario a un segundo, sino que también la compraventa es el acto transmisivo mediante el cual el derecho se concede por primera vez.<sup>4</sup>

Puede tratarse tanto de la venta del derecho de superficie cuando no se ha procedido aún a la construcción, como también de la venta de la propiedad superficiaria una vez constituida. En ambos casos, a través de la transferencia o enajenación implícita en la

---

<sup>2</sup> Considero que las normas de la Ley del Suelo tienen un carácter imperativo, de manera que la Administración únicamente podrá constituir el derecho de superficie, a través de las formas que expresamente señala en sus preceptos. No obstante, cuando los particulares tengan un derecho de superficie constituido sobre suelo público, por consiguiente, incluido dentro de la modalidad urbanística, y deseen su transmisión, - siempre que no se encuentre limitada esa facultad de disposición-, podrá realizarse por cualquiera de los modos de constitución del derecho en la modalidad urbana común.

<sup>3</sup> Somos conscientes de la constitución del derecho de superficie a través de las distintas formas de adquisición de los derechos reales, sin embargo y teniendo en cuenta que el objetivo principal de este trabajo reside en la profundización de los problemas actuales del derecho de superficie, a continuación vamos a realizar una breve alusión a los modos de constitución que pueden tener una mayor relación con la figura, como son la compraventa, como forma más habitual de su constitución; el arrendamiento, por la posible confusión que puede existir en relación con ambas instituciones, y por último, la prescripción adquisitiva o usucapión.

<sup>4</sup> Este punto ha sido estudiado en el Derecho Italiano por Balbi (Il diritto di superficie. Torino. 1947. Pag 142) que señala "que sería extraño admitir que sea compraventa la enajenación del derecho de superficie ya constituido (transferencia en sentido estricto del primer al segundo superficiario), y negar que sea compraventa el contrato mediante el cual el derecho de superficie se constituye". No obstante, hay que tener en cuenta que en Derecho Italiano, (art. 1376), se adquieren los derechos reales por el solo efecto del contrato (adquisición contractual).

compraventa se produce una disminución del contenido del derecho de propiedad del suelo surgiendo el derecho del superficiario. La diferencia estriba, en que en el primer caso el contenido del derecho de propiedad del superficiario no está materializado mientras que en el segundo supuesto sí.

La venta puede llevarse a cabo por vía de traslación o por vía de deducción. La traslación supone que el dueño del suelo, subsuelo y vuelo vende a un tercero todo o parte de la superficie o edificios que lo recubren.<sup>5</sup> En el segundo supuesto, el vendedor-propietario del suelo, hace reserva en beneficio de sí mismo de la propiedad de la superficie.

A través de la traslación podemos decir que nos encontramos ante una forma de constitución directa, frente a la venta por deducción donde se procede a la reserva o retención en un acto de transmisión de la propiedad del suelo.<sup>6</sup>

Si comparamos lo que ocurre en otras legislaciones, debemos hacer constar cómo en el derecho francés, donde la forma de constitución y transmisión de los derechos reales es consensual, Saint-Alary,<sup>7</sup> señala que la forma más frecuente de constitución del derecho de superficie es la venta de la superficie, la cual se realiza a través de la cesión del derecho de construir, (el propietario del suelo renuncia al beneficio de la accesión constituyendo un derecho de superficie a favor del cesionario) o, de la venta de un "volumen" inmo-

---

<sup>5</sup> O como incluso señala Albaladejo (Derecho Civil. T.III. Derecho de bienes. 2º vol. 7ª ed. Bosch. Barcelona. 1991. Pag. 219), pueden enajenar el terreno y la construcción a dos personas distintas. Supuesto que a su juicio "no puede hoy rechazarse ni parecer extraño" ya que constituyen diferentes cosas, siendo objeto de propiedades diferentes.

<sup>6</sup> Ambos supuestos se encuentran recogidos expresamente en la Compilación Foral de Navarra, en su ley 428 regla 1º, cuando establece que pueden constituirse... bien por constitución directa mediante enajenación o concesión, bien mediante reserva o retención en un acto de transmisión de la propiedad.

<sup>7</sup> Saint-Alary: Superficie. Encyclopedie Dalloz. Jurisprudence Generale. Paris. 1989. Pag. 2 (Aunque en la actualidad en derecho francés, el derecho de superficie se constituye más frecuentemente a través del arrendamiento con facultad para construir).

biliario, la cual encuentra su fundamento en la teoría de la propiedad del espacio de Savatier.<sup>8</sup> Un "volumen" es susceptible de ser cedido como un cuerpo cierto, de manera que el derecho que recaé sobre él, es concedido como un derecho real independiente de la construcción.

Saint-Alary critica de esta teoría la idea de que el derecho de superficie no puede recaer sobre un volumen vacío, porque su objeto es la superficie en sí, y, por consiguiente, esta teoría sirve únicamente para demostrar la subsistencia de la superposición de derechos de distintos titulares.<sup>9</sup> Marty, por otro lado, considera que el volumen es susceptible de ser considerado como una cosa, o un inmueble por naturaleza susceptible de fundar un derecho real. Volumen, que a primera vista puede aparecer ilimitado por ser "irreal" o inmaterial, pero que se encuentra limitado por las leyes urbanísticas. De forma que en derecho de superficie no podría hablarse de un volumen hacia el infinito, en términos abstractos, pues en su concreción real estaría limitado.<sup>10</sup>

En conclusión, la venta puede recaer en la cesión del derecho a edificar (donde se transfiera no la propiedad sino el derecho de construir), es decir otorgando el medio para conseguir una futura propiedad superficiaria; o, directamente en la cesión del volumen

---

<sup>8</sup> Savatier (La propiedad del espacio. RDU. 1967. Pags. 18 y 19) en su exposición demuestra cómo el inmueble, desde el punto de vista de la superficie, representa de forma incompleta al mismo. La conclusión a la que llega es que si se uniera a la superficie la idea del volumen "sería plenamente utilizable por el derecho... puesto que en el mundo, una superficie no puede servir más que para portar o sostener un volumen; y el inmueble, habiendo recortado la superficie sobre la cual reposa su propiedad, debe necesariamente completar la representación de ésta, recortando en el espacio, el volumen que asienta sobre dicha superficie."

<sup>9</sup> Saint-Alary (Superficie... Cit. Pag. 1) recogiendo la opinión de la doctrina francesa, expone detalladamente cómo en el derecho de superficie "existen dos derechos superpuestos y separados por un plano horizontal, que en principio es la superficie del suelo natural."

<sup>10</sup> Marty: La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution a l'étude de droit de superficie. Librairie générale de droit et de jurisprudence. Paris. 1979. Pag. 162.

(venta del volumen como cuerpo cierto).

En cuanto al arrendamiento, como ya hemos visto al tratar la configuración de la institución, el derecho de superficie tiene varios puntos en común con él, sobre todo en relación con los llamados arrendamientos complejos (el arrendamiento ad meliorandum y al arrendamiento ad aedificandum). Y ello debido a la constitución del derecho de superficie, en sus orígenes como un tipo de arrendamiento, ambas figuras han evolucionado con cierta unidad.

Tras el análisis realizado en el Capítulo Segundo del arrendamiento y su distinción con el derecho de superficie, no es posible su confusión y ello por la existencia de una línea que marca y separa con gran nitidez ambas figuras. Pero, por otro lado, es posible la constitución del derecho de superficie a partir del arrendamiento, a través de la introducción de una cláusula en el contrato de arrendamiento que establezca la atribución de la propiedad de la edificación realizada por el arrendatario a éste, durante el tiempo que dure su arrendamiento. En este caso el derecho de superficie se ha constituido a través del arrendamiento, convirtiéndose el arrendatario en propietario superficiario, pero sin olvidar, que una cosa es el derecho de goce otorgado a través del arrendamiento y otra es la concesión de un derecho de propiedad sobre la edificación resultante o la ya existente durante un periodo de tiempo. El derecho de superficie en este caso surge y se superpone dentro del contrato de arrendamiento.

En el derecho francés la constitución del derecho de superficie surge frecuentemente de un contrato de arrendamiento,<sup>11</sup> motivado por que no está expresamente regulado el derecho de superficie. De forma que el propietario de un terreno cede su derecho sobre las

---

<sup>11</sup> No olvidemos que en este sistema, como ya he señalado anteriormente, la transmisión de los derechos reales es consensual.



construcciones ya existentes, o bien renuncia al beneficio de la accesión sobre las construcciones que estén edificadas, pero a través del arrendamiento.<sup>12</sup>

En base al art. 609 del C.c. se configura la prescripción como un modo de adquirir el derecho real de superficie.<sup>13</sup> La modalidad que nos interesa para nuestro estudio es la usucapión o prescripción adquisitiva.<sup>14</sup>

En el Código Civil solamente se enumeran como derechos reales usucapibles, el usufructo, el uso, la habitación y la servidumbre (arts. 468, 528, 537 y 538 C.C respectivamente).

---

<sup>12</sup> Recordemos que las formas de arrendamiento que posibilitan el surgimiento del derecho de superficie son diversas.

A través de un arrendamiento ordinario que comporta el permiso o la obligación de construir. El derecho de superficie surge a la hora de otorgar la propiedad de las construcciones al inquilino que las ha llevado a cabo. En el mismo contrato las partes suelen hacer constar para evitar toda clase de problemas, que al finalizar el arrendamiento, la propiedad de las mismas revertirá al propietario del suelo, ya sea con o sin indemnización.

Como ya hemos señalado con anterioridad, el derecho de superficie puede surgir del arrendamiento enfiteútico, sobre las construcciones que el enfiteuta realiza, y sobre todo a través del arrendamiento con facultad para construir (origen moderno del derecho de superficie, pues como señala Marty y Raunaud: Droit Civil. Les Biens. 2<sup>o</sup> édition. Paris. 1980. Pag. 234, el derecho de superficie es considerado la esencia del arrendamiento para construir, sin él, el contrato perdería toda significación).

Por último, señalar que una forma de arrendamiento con enajenación de la propiedad de los edificios a los inquilinos es el llamado arrendamiento "à domaine congeable", usado en la Baja Bretaña. Este contrato entra dentro de la práctica tradicional de Bretaña. El colono-arrendatario llamado "domanier" es propietario de todos los edificios y superficies que establezca.

<sup>13</sup> La doctrina francesa (Saint-Alary: Superficie... Cit. Pags. 2 y 3; Marty y Raynaud: Droit civil... Cit. Pag. 235; Weill, Terré y Simler: Droit civil. Troisième édition. 1985. Paris. Pag.826), centra el estudio de la usucapión del derecho de superficie en la posesión prolongada de los edificios y de las superficies diferenciada de la posesión del suelo. Este modo de adquirir está específicamente previsto por el art. 553 del Code Civile. A través de la prescripción, se puede adquirir ya sea la propiedad de un subterráneo bajo el edificio de otro, ya sea cualquier otra parte del edificio.

<sup>14</sup> Vid. Albaladejo: Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Dirigidos por Albaladejo y Diaz Alabart. T. XXV. vol. I. Arts. 1930 a 1960. Edersa. Madrid. 1993 Pag. 240.

¿Puede significar esto que el derecho de superficie no es usucapible?<sup>15</sup> Estamos ante un tema muy discutido por la doctrina.<sup>16</sup> En principio, considero que sí es posible la usucapión del derecho de superficie, aunque hay que tener en cuenta cuestiones de fondo en relación con la configuración de la institución.

Al mantener que el derecho nace en virtud de la derogación del principio de accesión inmobiliaria, es correcto señalar que todo lo que se construya en suelo ajeno se hará propiedad del dueño del mismo, puesto que es éste precisamente el que puede derogar con su consentimiento dicha accesión. Si el dueño del suelo no ejercita sus derechos contra la invasión que está realizando el constructor, es decir, no interrumpe la posesión del superficiario, y, por consiguiente, no deroga (tácita o expresamente) el principio de accesión en favor de aquél, el superficiario adquiere el derecho de superficie y su objeto: la propiedad superficiaria, por el transcurso del plazo necesario de la prescripción adquisitiva.

El fundamento de que pueda ser usucapido el derecho se halla en la renuncia implícita del propietario del suelo, sobre el suelo para crear el derecho real de superficie y el nacimiento de una propiedad superficiaria separada que otro ha usucapido.

El problema central de nuestro estudio, se encuentra en la configuración peculiar

---

<sup>15</sup> No solamente en base a esta postura del Código Civil, que en parte es comprensible pues si ni siquiera regula la institución superficiaria con autonomía propia, no va tratar de ella en relación a su posible usucapión; sino también al silencio mantenido por las sucesivas Leyes del Suelo, en relación con este modo de adquisición del derecho de superficie por usucapión.

<sup>16</sup> Entre la doctrina española que se preocupa por el tema se encuentra Fuentes Lojo (Suma de la Propiedad por apartamentos. Nueva problemática legal, doctrinal y jurisprudencial. Bosch. Barcelona. 1985. Pags. 394 y ss.); Roca Sastre (Ensayo sobre el derecho de superficie. R.C.D.I. 1961. Pags. 43 y ss.) y Tena y Martín (Proyecciones del derecho de accesión en el Registro de la Propiedad. Curso de conferencias sobre derecho inmobiliario registral. (1951-1952). T.II. Ilustre colegio de Registradores de la Propiedad. Madrid. Pag. 128)

del derecho y los dos momentos que lo constituyen: el de la concesión del derecho, y el del inicio de la construcción y el nacimiento de la propiedad superficiaria.

***Concesión del derecho de superficie como derecho real consistente en la edificación sobre un fundo ajeno, o sobre una edificación preexistente.***

Tal y como ya hemos señalado al inicio de este punto, en base a la regla general contenida en el art. 1930 C.C, el derecho de superficie, como derecho real sobre cosa ajena que es, puede ser objeto de usucapión. En esta primera fase, el derecho de superficie se caracteriza por su inmaterialidad, contrastando precisamente con la necesidad de poseer ínsita en la usucapión.<sup>17</sup>

Evidentemente para la realización de la construcción se posee el suelo, o mejor dicho la superficie, pues es el objeto principal del derecho, de manera que no es válido señalar que

---

<sup>17</sup> Fuentes Lojo (Suma de la propiedad por apartamentos.. Cit. Pag. 395) distingue dos supuestos.

El primero se producirá "cuando no exista el derecho del superficiario por no haberlo separado el titular del suelo". En ese caso, dicho autor afirma que "no cabe usucapión del derecho con independencia del dominio del suelo". Entiendo, que no cabe la usucapión en este supuesto, no solamente porque no haya una independencia del derecho de superficie respecto del dominio del suelo, sino porque ni siquiera, hay una voluntad de crear un derecho, no hay una derogación de las reglas de la accesión.

El otro supuesto que distingue es "cuando existe el derecho de superficie desmembrado del suelo pero no inscrito en el Registro". En este caso dicho autor afirma que tampoco tendrá lugar la usucapión pues será precisa la posesión, y no podrá producirse si no se diere ninguna actividad sobre el suelo, y aún comenzada esta actividad tampoco, porque por efecto de la accesión sería propiedad del dueño del suelo.

Continúa diciendo que "una vez terminada la construcción y ya producida la propiedad superficiaria, tampoco por el mismo motivo. O se usucapiría la propiedad del suelo o vuelo o nada". Recoge en este supuesto dos cosas a mi entender, dignas de destacarse. Por un lado, lo que él llama desmembración del derecho de superficie pero no inscripción del título, una vez desmembrado el título (existencia de contrato y tradición) ya nace la modalidad urbana el derecho, aunque no la urbanística cuya inscripción es constitutiva. Por otro lado, la otra cuestión a destacar es que señala la necesidad de que para que haya posesión comience a realizarse una actividad en el suelo. Esta matización nos llevaría a dar un paso más en la constitución del derecho de superficie, pero siempre dentro de lo que hemos denominado primera fase del derecho. El principio de accesión ya se encontraría derogado, de forma que la construcción según se fuera realizando accedería al dueño del suelo.

no nacería el derecho puesto que se poseería el suelo también y no sólo la edificación o propiedad superficiaria. Posición en la que se encuentra la doctrina italiana.<sup>18</sup> En este caso, si cabe la usucapión del derecho de superficie una vez cumplidos todos los requisitos necesarios para que surja la prescripción.

### ***Derecho de superficie y propiedad superficiaria.***

Estamos en la segunda fase del derecho. Se origina tras la realización de la edificación, o cuando la construcción ya existe y surge una propiedad superficiaria separada.

En relación con el carácter inmobiliario del objeto, la propiedad superficiaria separada, seguiremos las reglas de la usucapión inmobiliaria ordinaria.

En base al art. 1940 C.C. los requisitos que se exigirían para la prescripción del derecho real de superficie serían la buena fe y el justo título por el tiempo determinado en

---

<sup>18</sup> En la doctrina italiana (Quaranta y Preden: Superficie. Commentario teórico-práctico al Codice Civile diretto da Vittorio de Martino. Roma. 1972. Pag. 34; Pugliese: Superficie. Commentario del Codice civile de Scialoja-Branca. Libro Terzo. Della Proprietà. 4ª ed. Bologna-Roma. 1976. Pags. 584 y ss, Salis: Superficie. (Dititto vigente). Novissimo Digesto Italiano. 1957. Pag. 950 y Cendon: Superficie. Commentario al Codice Civile. Diretto da Paolo Cendon. Vol.III. Art. 810 - 1172. Utet. 1991. Pag. 295 y 266) no consideran sencillo la resolución a este problema, y ello debido a la dificultad de exteriorización aislada de la posesión del suelo de la del edificio o propiedad superficiaria. De esta forma señalan que si se usucape el suelo, no se puede usucapir el derecho de superficie, entendido como derecho real en cosa ajena, pues es difícil distinguir en la práctica, la posesión del suelo de la posesión del derecho a edificar, y ello daría lugar a que la usucapión abarcase al suelo y a la construcción.

No obstante, se intenta superar este problema afirmando que desde el momento en que exista alguna manifestación exterior, que suponga la exclusión del suelo de la posesión que está realizando el superficiario, es decir la inexistencia de este animus possidendi respecto del suelo, la usucapión podrá considerarse como una forma de adquirir dicho derecho real. El ejemplo vendría dado por la entrega del canon al propietario del suelo (Balbi: Il diritto di superficie... Cit. Pags. 144 y ss), o por el cumplimiento de los actos interruptores de la usucapión, los cuales sólo atienden al suelo y no a la construcción, existiendo la posesión del terreno de dos personas diferentes, uno que construya, y otra que disfrute del subsuelo (Salis: Superficie... Cit. Pag. 950), o también el acuerdo verbal entre el constructor y propietario que prevea la permanencia en el goce del suelo y del subsuelo compatible con la ejecución del edificio (Pugliese: Superficie.. Cit. Pag. 588)

la Ley. Así, el titular del derecho de superficie debe tener buena fe, "consistente en la creencia que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella, y podía transmitir su dominio" (art. 1950 C.C.) y debe ignorar que el acto adquisitivo de la posesión, tiene un defecto a causa del cual no se le otorga realmente derecho a ser titular, y, consiguientemente, derecho a su objeto, la propiedad superficiaria. El superficiario debe ignorar la tacha de invalidez del título, o simplemente creer en su validez.

Siguiendo la norma contenida en el art. 1952 del C.C. es necesario que el superficiario ostente el justo título que legamente baste para transferir, referido en nuestro caso al título del acto transmisivo que contenga el derecho real de superficie en cosa ajena y la propiedad superficiaria separada resultante del ejercicio del derecho, de cuya prescripción se trate.

El superficiario debe haber adquirido en virtud de un título (verdadero<sup>19</sup> y válido<sup>20</sup> art. 1953) que tenga virtualidad por reunir los requisitos externos que la Ley

---

<sup>19</sup> A juicio de Luna Serrano (Comentario del Código Civil. Arts. 1940 a 1960. T.II. Ministerio de Justicia. Madrid, 1991. Pag. 2130), el título no es verdadero cuando no existe realmente, por ejemplo porque sea aparente, o porque existiendo no valga (en el supuesto en el que el poseedor superficiario imagina que existe realmente el título o cuando se reputa como válido el título que no puede serlo: el testamento revocado por otro posterior cuyo otorgamiento se desconoce). Tampoco es verdadero el título, además de no ser válido, si se trata de un contrato simulado, (por ejemplo no lo sería la donación de un derecho de superficie y la propiedad superficiaria hecha bajo el disfraz de compraventa).

<sup>20</sup> En cuanto a la validez del título, según Luna Serrano: Comentario... Cit. Pag. 2130, éste debe proceder siempre del dueño (nulidad por defecto de forma esencial, o por defecto sustancial: por ejemplo, venta de la propiedad superficiaria del hijo menor realizada por el padre sin la indispensable autorización judicial). No lo será tampoco, aquel que pierda su validez porque siendo solamente anulable o rescindible, ha sido objeto de anulación o rescisión antes de cumplirse el tiempo de la usucapión (por ejemplo, contrato celebrado por incapaces, o cuando lo sea el destinatario-superficiario; o los contratos celebrados por error, dolo, intimidación o violencia.)

En resumen, la exigencia de validez para que el título sea justo, se refiere a que reúna las condiciones legales del otorgamiento del acto en sí (consentimiento, objeto y causa -art. 1.261), de la legitimación para llevarlo a cabo, o de su contenido (licitud, moralidad, o correspondencia con el orden público), pero no a sus condiciones de eficacia.

requiere para ello, como p. ej. una compraventa, donación, legado..., se produce el nacimiento del derecho real, si bien -y por ello es necesaria la usucapión- la adquisición del derecho no se ha producido, (por ejemplo, porque exista algún defecto o vicio originario como falta de titularidad o poder de disposición del transmitente que afecte a la facultad de disponer), sí la posesión.

Y el otro requisito exigido, es que transcurra un lapso de tiempo de diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

En cuanto a los efectos de la usucapión, debemos señalar que una vez que se cumplan los requisitos para que dicho derecho se adquiera, es necesario que el usucapiente los oponga frente a quien le discute la existencia de su derecho real de superficie.<sup>21</sup>

También cabe preguntarse si es posible la existencia de la usucapión inmobiliaria extraordinaria a que hace referencia el art. 1959 C.C. Según el citado precepto es posible la prescripción del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles durante el plazo ininterrumpido de 30 años, sin necesidad de título ni de buena fe. Evidentemente, el superficiario, puede usucapir su derecho si reúne estos requisitos, siempre que posea - como ya hemos señalado anteriormente-, pública, pacífica, e ininterrumpidamente en concepto de superficiario.

---

Puesto que un título válido puede ser ineficaz, es decir cumple el requisito del art. 1953 de ser válido y servir para usucapir pero no produce efectos. Por ejemplo el que venda una propiedad superficiaria no suya, celebra un acto de compraventa válido pero ineficaz para transmitir la propiedad superficiaria al comprador, al que no le transfiere la propiedad, pero le proporciona un título válido para usucapir.

<sup>21</sup> En el mismo sentido el superficiario-usucapiente podrá renunciar a la prescripción ganada. Pero para tal supuesto, el art. 1937 trata de evitar que la renuncia del superficiario perjudique los derechos de los terceros, regla que tiene su fundamento en el art. 6 C.C. De forma que, los titulares de los derechos reales constituidos por el usucapiente seguirán gravando la cosa, al igual que los acreedores del usucapiente pueden perseguir el derecho de superficie que se usucapió como si perteneciese al patrimonio del renunciante.

Además de las reglas contenidas en el Código civil sobre prescripción adquisitiva, la Ley Hipotecaria añade otras a las cuales debemos prestar atención. Así, debemos distinguir entre prescripción tabular o a favor del Registro (*secundum tabulas*), que supone la convalidación de situaciones existentes en la realidad extrarregistral, y la usucapión en contra del Registro (*contra tabulas*), que supone la inexactitud sobrevenida a consecuencia de un estado posesorio surgido fuera del Registro y en contra del mismo.

En relación con la prescripción a favor del titular inscrito o secundum tabulas (art. 35 L.H.) supone concordar el Registro con la realidad jurídica. De manera que será justo título de la usucapión el título del acto transmisivo, presumiéndose *iuris tantum* que el usucapiente-superficiario, posee pública, pacífica, ininterrumpidamente, y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento de inscripción del derecho de superficie y de sus antecesores de quien traiga causa.

Al considerarse como justo título el acto transmisivo (modalidad urbana común) y su inscripción (modalidad urbanística), y sabiendo que ésta puede ser destruida por invalidez o no veracidad del título material, la consecuencia inmediata es que se destruye en definitiva el valor de título verdadero que había tenido desde entonces. En caso de invalidación del título, en la modalidad urbanística, la inscripción vendría a perder su condición de título desde que se solicitó su cancelación. Pero, además, como si es inválida, lo es desde que padece tal causa, la invalidación se remontará al momento en que la misma existe. No habrá usucapión, tanto si pasado el plazo de la usucapión no se ha atacado la inscripción, como si transcurrido el plazo no se ha atacado el título material en la usucapión extrarregistral, por que en el primer caso puede atacarse la inscripción en la

usucapión registral, y en el segundo el título material en la extrarregistral.<sup>22</sup> Al igual que ocurriría si pasado el plazo de la usucapión se ataca la inscripción demostrando que el poseedor no ha poseído pública, pacífica o ininterrumpidamente o de buena fe.

En conclusión, admitir la validez del justo título requiere un título material válido, y también, una registración válida (art. 33 L.H.).<sup>23</sup>

En cuanto a la prescripción contra tabulas o en contra del titular inscrito del art. 36 L.H. debemos distinguir dos hipótesis. La primera es la que se plantea entre un adquirente protegido por el art. 34 L.H. y un usucapiente que ha consumado ya su adquisición en el momento de adquirir aquél o que la consuma en el año siguiente a la adquisición.

-En este supuesto la usucapión del superficiario, ya consumada o que se va a consumir dentro del año, va a prevalecer, si el tercero conocía o tenía motivos racionales para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que sobre la finca existía un derecho de superficie y una propiedad superficiaria que además estaba siendo poseída de hecho y a título de dueño superficiario por persona distinta de la de su transmitente.

- Por el contrario, no es probable que se dé el otro supuesto recogido en el art. 36, por el que no se pueda conocer la posesión de hecho existente. En este caso la usucapión se producirá si el titular no realiza ningún acto que interrumpa la usucapión del superficiario lo que significaría, en definitiva, que la consiente.

---

<sup>22</sup> En cuanto a los efectos de la invalidación del título o inscripción hay que señalar que la demanda relativa al derecho inscrito no sólo producirá si prospera la cancelación de la inscripción, y por consiguiente la pérdida de valor del título de ella ex nunc, sino que también interrumpirá la usucapión, mediante la llamada interrupción civil de la posesión (art. 1945 y ss C.c. y 479 LEC) de la que el art. 35 en relación con el 38 L.H. presume que disfruta el titular inscrito. Albaladejo: Comentarios ... Cit. Pag. 352.

<sup>23</sup> Por último cabe afirmar como el art. 35 otorga facilidades al usucapiente, al proporcionarle un título provisionalmente válido, hasta que sea impugnado y la presunción de poseer pública, pacífica ininterumpidamente y de buena fe.



## B.- Constitución legal

El nuevo Texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 29 de junio de 1992, en su artículo 287 apartado 1º, establece la constitución del derecho de superficie por las Entidades Locales y las demás personas públicas en terrenos de su propiedad o integrantes del patrimonio municipal del suelo con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, cuyo derecho corresponderá al superficiario. Igualmente en su apartado 2º, se señala que el mismo derecho asistirá a los particulares, pero sin limitación de destino.<sup>24</sup>

El artículo 288 de la reciente Ley del Suelo,<sup>25</sup> al señalar el procedimiento de constitución del derecho de superficie, se remite en términos generales al capítulo anterior que se refiere al Patrimonio Municipal del Suelo, y en concreto, a su constitución, bienes integrantes y destino del mismo. Señala, como medios admisibles de su constitución, la

---

<sup>24</sup> Artículo que con algunas matizaciones se corresponde con el art. 171-1º de la Ley del Suelo de 1976, que señalaba:

"El Estado, las Entidades Locales y Urbanísticas especiales y las demás personas públicas, dentro del ámbito de su competencia, así como los particulares, podrán constituir el derecho de superficie en terrenos de su propiedad con destino a la construcción de viviendas, servicios complementarios, instalaciones industriales y comerciales u otras edificaciones determinadas en los Planes de ordenación, cuyo derecho corresponderá al superficiario".

En relación con el art. 157-1º de la Ley del Suelo de 1956, solamente señalar que únicamente disponía que "podrán constituir el derecho de superficie sobre suelo de su pertenencia con destino a la construcción de viviendas u otras edificaciones determinadas en los Planes de ordenación...."

El actual art. 287-1º señala que "las Entidades locales y las demás personas públicas podrán constituir el derecho de superficie en terrenos de su propiedad o integrantes del patrimonio municipal del suelo con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, cuyo derecho corresponderá al superficiario"

<sup>25</sup> Artículo 288 de la Ley del Suelo:

"El procedimiento de constitución del derecho de superficie y el carácter oneroso o gratuito del mismo se regirán por lo dispuesto en el capítulo anterior para los diversos supuestos".

expropiación y la gestión directa o cesión (onerosas o gratuitas).

Nada ha variado con respecto al artículo 172-1º de la Ley anterior cuando señalaba que la concesión del derecho de superficie se efectuaría por subasta o por adjudicación directa o como consecuencia de haberse procedido a una expropiación parcial del dominio del suelo, por así permitirlo la ejecución del Plan.<sup>26</sup> En la actual ley urbanística se recoge como medio principal de adquisición del derecho de superficie la cesión, que podrá ser de carácter oneroso o gratuito.

Según el artículo 284 apartado 1º, los terrenos pertenecientes al Patrimonio Municipal del Suelo, sólo podrán ser enajenados en virtud de concurso,<sup>27</sup> cuyo precio no podrá ser inferior al valor urbanístico del aprovechamiento real que les corresponda. En caso de quedar desierto el concurso, el apartado 2º de dicho precepto señala que el

---

<sup>26</sup> Artículo que a su vez procedía del artículo 158 de la Ley de 1956, pero que aportaba como innovación la constitución del derecho a través de la expropiación parcial del dominio del suelo.

<sup>27</sup> Notese la diferencia entre concurso (Ley actual) y el procedimiento de subasta pública recogido en la Ley del Suelo de 1976.

Ciñéndonos a las denominaciones que el art. 93 del Reglamento de Contratos del Estado de 25 de noviembre de 1976, hace de la subasta (versará sobre un tipo expresado en dinero, con adjudicación al oferente que sin excederse de él haga la proposición económicamente más ventajosa), y el concurso (la adjudicación recaerá en el oferente que en su conjunto haga la proposición más ventajosa sin atender exclusivamente al valor económico de la misma, y sin perjuicio del derecho de la Administración a declararlo desierto), resultan evidentes las diferencias.

La más notable reside en que en la subasta prima el interés económico, mientras que en el concurso priman otros intereses, reservándose la Administración incluso su derecho a la no adjudicación -en nuestro caso de la ejecución de la obra.

En base a lo expuesto, ¿qué efectos prácticos produce este cambio legislativo? Parece ser que el Legislador de 1992 no ha considerado como prevalente el interés económico, añadiéndose cualquier otro tipo de condición y dejando que la adjudicación del concurso se realice o incluso se declare desierto cuando a la Administración no le convengan las ofertas presentadas. No obstante, de acuerdo con lo establecido en el párrafo 2º del art. 284 se posibilita en este caso, la adjudicación directa en el plazo de un año que en última instancia hace inútil el concurso.

Ayuntamiento podrá enajenar directamente dentro del plazo máximo de un año, con arreglo al pliego de condiciones.

Si se trata de cesión a entidades de carácter benéfico y social, que promuevan viviendas de protección pública, no requerirá concurso según el apartado 3º del citado artículo.

Igualmente y según se desprende del art. 286, los Ayuntamientos podrán ceder gratuitamente los terrenos, o por precio inferior al de su valor urbanístico, siempre que su objeto sea el destino a viviendas de protección pública, mediante concurso. Aunque, el apartado 2º del mismo precepto regula el supuesto de cesión directa con carácter gratuito o por precio inferior al coste con destino a usos de interés social.

La modalidad de cesión resulta ser también el medio más utilizado por la Administración en los sistemas italiano,<sup>28</sup> y portugués. La Lei dos Solos portuguesa regula taxativamente la concesión del derecho de superficie por la Administración. Así, establece que la cesión tendrá lugar cuando el derecho de superficie se otorgue a cooperativas para la construcción de viviendas en régimen de propiedad horizontal (art. 19-2º). También se recoge, en su Capítulo VII, la cesión que puede realizarse a través del acuerdo directo con los respectivos promotores o interesados, siempre que los terrenos sean destinados a edificios o instalaciones de interés público, a viviendas de carácter social, o a edificios en régimen de propiedad horizontal (art. 29-1º);<sup>29</sup> o la cesión que se realizará por concurso cuando el destino del derecho de superficie sea la creación de edificios donde los valores

---

<sup>28</sup> Recordemos la Ley nº 865 de 22 de octubre de 1972 y la Legge Tognoli.

<sup>29</sup> Art. 29-1º: "A administração cederá, mediante acordo directo como os respectivos promotores ou interessados, o direito de superficie sobre terrenos destinados:

- a) A edificios ou instalaciones de interesse público;
- b) A empreendimentos relativos a habitação social,
- c) A edificios para habitação própria, ainda que em regime de propriedade horizontal."

de renta como los precios de venta estén sujetos a control (art. 29-2º).<sup>30</sup> La cesión del derecho de superficie sobre terrenos destinados a estos fines, no pueden resultar lucrativos para la Administración, teniendo en cuenta los gastos de adquisición, así como los gastos de los estudios realizados, y los de los trabajos de urbanización. Aunque los precios de la cesión pueden variar entre sí, ya sea en función de las diversas finalidades o de los objetivos específicos del derecho cedido.<sup>31</sup> También se establece, con carácter general, la cesión a través de la subasta pública, cuando el derecho de superficie tenga como objeto terrenos destinados a otros fines no señalados en los apartados anteriores (art. 29-3º).<sup>32</sup> En resumen, el sistema establecido es bastante similar al nuestro.

Por otro lado, y volviendo a nuestro ordenamiento jurídico, en el art. 278 de la Ley del Suelo, se recogen también las técnicas de reservas de terrenos y expropiación con fines de ampliación del Patrimonio Municipal del Suelo, para la posterior constitución del derecho de superficie. Esta fórmula de expropiación por utilidad pública, es también utilizada en el derecho italiano, y en concreto por la Ley nº 865 de 22 de octubre de 1972,

---

<sup>30</sup> Art. 29-2º: "Será cedido, por concurso, o direito de superfície sobre terrenos destinados a edifícios cujos fogos fiquem sujeitos a fixação ou controle dos valores das rendas ou dos preços de venda."

<sup>31</sup> Art. 30-1º: "Os direitos sobre terrenos, detinados aos fins previstos nos n. 1º e 2º do artigo anterior, devem ser cedidos por preços que, no conjunto, não sejam lucrativos para a Administração atendendo aos custos de aquisição, acrescidos dos custos dos estudos e da realização dos trabalhos de urbanização e dos inerentes encargos, calculados em relação a toda a zona."

2º: Os preços de cedência dos direitos sobre os mesmos terrenos podem, contudo, variar, relativamente entre si, em função das finalidades e dos objetivos específicos dos respectivos empreendimentos."

<sup>32</sup> Art.29-3º: "O direito de superfície sobre terrenos destinados aos restantes empreendimentos será cedido mediante hasta pública".

que en su art. 35 señala cuál es el procedimiento a seguir.<sup>33</sup> En dicha Ley se utiliza la técnica de la expropiación de suelo por el Ayuntamiento o el Consorcio integrándose dentro de su patrimonio indisponible. El suelo expropiado es cedido con posterioridad en derecho de superficie para la construcción de casas de tipo económico o popular cuya duración no será inferior a 60 años ni superior a 99.

También en el derecho portugués, el Decreto-Lei nº 182/72 de 30 de mayo, utiliza la expropiación de los predios para la construcción de viviendas de carácter social a través del derecho de superficie, señalándose como medio de cesión del derecho tanto la subasta pública como el concurso (art. 5).

En conclusión, la situación en los tres ordenamientos analizados es muy similar. La Administración obtiene los terrenos a través de la expropiación de los mismos, y, posteriormente, cuando estos han entrado a formar parte del Patrimonio Municipal, los ceden a través del derecho de superficie, cuyo objeto primordial son las viviendas, aunque también se utiliza para otros fines de interés social (polígonos industriales o aparcamientos).

## **2.- Referencia a los elementos personales, reales y formales.**

### **A.- Elementos personales**

En el derecho real de superficie existen dos **sujetos**, el superficiario que es el titular del derecho o sujeto activo, y el concedente, propietario del bien inmueble gravado con el derecho real, que es el sujeto pasivo.

El **propietario del suelo** es la persona que, en principio, se encuentra legitimada

---

<sup>33</sup> Art. 35 de la ley nº 865 italiana: "...La instancia para obtener la concesión es dirigida al síndico o presidente del consorcio.

La concesión es otorgada por el consejo municipal o en la asamblea del consorcio. En la misma deliberación se determinará el contenido de la convención estipulada entre el concedente y el solicitante, por documento público e inscribible en la oficina de los registros inmobiliarios..."

para constituir el derecho de superficie sobre el suelo de su propiedad. Al imponerse un derecho real sobre la misma, el concedente posibilita la construcción de una edificación en propiedad separada.<sup>34</sup> Puede ser tanto una persona física como una persona jurídica, y esta puede ser tanto pública<sup>35</sup> (p. ej: administración municipal) como privada. En caso de copropiedad del suelo, es necesario el consentimiento de todos los copropietarios para la concesión del derecho de superficie (art. 397 C.C).<sup>36</sup> Es posible su constitución en ambos tipos de copropiedad.

---

<sup>34</sup> Propietario que debe tener sobre el suelo y como premisa inicial el poder de disposición y el goce del mismo, ya que si no lo tiene no podrá gravar su derecho ni constituir sobre él ningún derecho, ni, por consiguiente, el de superficie.

<sup>35</sup> Así lo ha dispuesto expresamente el art. 287 de la Ley del Suelo, cuando señala que "las entidades locales y las demás personas públicas podrán constituir el derecho de superficie en terrenos de su propiedad o integrantes del patrimonio municipal..."

<sup>36</sup> Puede constituirse el derecho de superficie a favor de un tercero pero también puede darse el caso de que se otorgue a uno de los copropietarios del suelo, de forma que, el mismo sujeto sea a su vez dueño de parte del suelo y superficiario.

En base a esta idea cabe preguntarse si es posible que un copropietario pueda ser titular a su vez, de un derecho real sobre parte del suelo que es de su copropiedad. En principio entiendo que no hay nada que lo impida ya que no se podrá pensar en una confusión de derechos, puesto que su situación no es de propiedad plena del suelo, sino de copropiedad.

Pugliese (Superficie...Cit. Pags 571 a 574) recoge una cuestión habitual en el derecho italiano que surge cuando existe el condominio del suelo edificable, y, con la intención de construir, se atribuye a cada copropietario la propiedad individual de una parte del futuro edificio. El supuesto de condominio sobre el suelo es claro. El problema nace a la hora de señalar cual es el derecho que ostenta cada uno de los copropietarios tras la realización de la construcción y cuando adquiere cada uno la parte (piso o apartamento) que se les ha asignado. Según dicho autor, las respuestas que se dan por la Jurisprudencia italiana concluyen determinando la existencia de un derecho de superficie ostentado por cada propietario, en base al cual adquieren automáticamente una parte del edificio asignado apenas se ha construido. Se apoya esta argumentación en el hecho de que el acto concluido por los copropietarios impide la accesión del edificio a la comunidad propietaria pro indiviso del area o suelo. De forma que, el derecho a construir, la parte del edificio y la propiedad que surge, pertenecen por entero a cada copropietario, mientras que el fundo pertenece pro indiviso a todos los copropietarios. Igualmente se señala que el derecho de construir no es un derecho nuevo sino que es el resultado de una transformación en cuanto que les pertenecía en base al derecho que cada uno tenía como copropietarios del suelo.

Así, en relación con la constitución de un derecho de superficie por un copropietario del suelo, cuando dicha copropiedad sea de tipo germánica, es posible porque el derecho de propiedad sobre el suelo es íntegramente de todos sobre todo el suelo, es decir, no hay atribución de cuotas. De manera que todos pueden pactar la derogación de las reglas de la accesión en favor de algún copropietario, porque todos tienen derecho de construir, facultad ínsita en el citado derecho de propiedad sobre el suelo.

En cuanto a la forma de copropiedad romana, donde cada copropietario tiene una parte no concreta del suelo, el derecho de superficie podrá surgir, cuando no haya una relación directa entre la cuota del suelo propiedad de cada uno de ellos y los pisos edificadas.<sup>37</sup>

Fuera de estos supuestos, considero que no existe derecho de superficie, porque la situación se asemejaría totalmente a la Propiedad Horizontal puesto que cada copropietario tendría derecho sobre el suelo y sobre el edificio (sobre el suelo al ser un elemento común, y, sobre el piso como un elemento privativo).

También es posible la situación inversa, es decir, la copropiedad superficiaria.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> Por ejemplo, el derecho de superficie surgirá si existen varios copropietarios sobre el suelo, y uno de ellos cede su derecho de construir a los otros, que construyen la edificación. O también, en el supuesto en que siendo varios los copropietarios del suelo todos ellos quieran realizar la construcción. En este caso el derecho de superficie tendrá lugar al ser unos, propietarios de más pisos que otros. De manera que determinados copropietarios cedan su facultad de construir en mayor o menor medida a los otros, resultando que estos tengan además de su derecho de propiedad plena, un derecho de edificación sobre la copropiedad ajena.

<sup>38</sup> Puede que haya únicamente un propietario del suelo y que éste sea, a su vez, copropietario de la construcción superficiaria que se alza sobre su terreno. En principio debemos señalar que si en el edificio objeto de la copropiedad superficiaria no ha habido ningún acto de división, está claro que no se produce la accesión al propietario único del suelo de esta propiedad superficiaria común (copropiedad de tipo germánica). Pero ¿qué ocurrirá si tras la construcción del edificio, objeto de la copropiedad superficiaria, se procede a su división horizontal?. Pues que el propietario del suelo, continuaría siendo a su vez copropietario de una parte del edificio, pero de una parte claramente determinada. En este caso dejaría de ser copropietario superficiario, frente a los demás copropietarios que sí mantendrían su posición de superficiarios, al haber

La siguiente cuestión consiste en determinar si es posible que **el enfiteuta** esté, o no, legitimado para que pueda constituir un derecho de superficie.<sup>39</sup>

Partimos del hecho de que el enfiteuta tiene en su poder el dominio útil del suelo, tal y como establece el artículo 1.605 del Código Civil. Como argumento a favor de su posible constitución, señalaremos que el artículo 1.633 C.C. autoriza al enfiteuta a que pueda disponer del predio enfiteútico y de sus accesiones, tanto intervivos como por actos de última voluntad, dejando a salvo los derechos del dueño directo. De esta forma habría que estudiar, si la constitución de un derecho de superficie sobre el suelo del "dueño directo", le supondría a éste algún perjuicio.<sup>40</sup>

Parte de la doctrina italiana,<sup>41</sup> niega que el enfiteuta tenga poder de constituir el derecho de superficie.<sup>42</sup> Y ello porque el enfiteuta en cuanto titular de un derecho real sobre cosa ajena no está legitimado, como lo está el propietario, para impedir que se produzcan los efectos de la accesión inmobiliaria. Se puede admitir que el enfiteuta

---

construido sobre suelo ajeno.

<sup>39</sup> En el censo enfiteútico, **el señor del dominio directo** no posee las facultades para la utilización y disfrute del suelo, de ahí que resulte obvio como no está autorizado a ceder la finca enfiteútica en superficie, ya que lesionaría los intereses del enfiteuta. Sobre este punto vid: Guilarte: El derecho de superficie. Aranzadi. Pamplona. 1966. Pag. 207.

<sup>40</sup> En el mismo sentido cabría preguntarse si **el forero**, como dueño útil del fundo al igual que el enfiteuta, y teniendo todos los derechos de aprovechamiento y libre disposición de la finca aforada, tanto por actos inter vivos como mortis causa, podría constituir o no el derecho de superficie.

Nosotros entendemos que si porque el foro en realidad, no es más que una modalidad de enfiteusis, teniendo su titular además del goce de la finca, la libre disposición de la misma y, por consiguiente, el verdadero derecho de propiedad.

<sup>41</sup> Quaranta y Preden: Superficie...Cit. Pag 20, Pugliese: Superficie...Cit. Pag. 575

<sup>42</sup> En contra Balbi (Il diritto di superficie... Cit. Pag 140) que señala la posibilidad de que el enfiteuta, aunque no es un verdadero propietario, constituya el derecho de superficie. Su argumento se basa en que el fundamento del derecho de superficie supone un mejoramiento del fundo enfiteútico. Añadiendo que las atribuciones del enfiteuta no son menores que las del propietario, salvo la eventual temporalidad y alguna obligación.



teniendo la facultad de construir, transmita a otro esta facultad y que consienta la utilización por este tercero del edificio que ha construido, pero no se puede admitir que devenga propietario de la misma, ni siquiera con carácter temporal, porque su poder no puede ser más amplio que el del enfiteuta a quien no se le considera propietario.<sup>43</sup> Tesis que no considero acertada al menos conectándola con nuestro Derecho. Y ello porque la enfiteusis se considera en nuestro ordenamiento como un censo de tipo especial, ya que el Código Civil recoge su definición y regulación influido por la doctrina medieval del dominio dividido. Así, reconoce al enfiteuta un *ius utendi*, un *fruendi* amplísimo, y un poder dispositivo.<sup>44</sup>

Además de todas estas facultades, al señalarse en el artículo 1635 C.C. la posibilidad de que el enfiteuta done o permute libremente la finca, siempre que lo ponga en conocimiento del dueño, podríamos pensar que el enfiteuta, como dueño útil del fundo, puede gravar su propiedad con el derecho de superficie (cuya duración es temporal), porque si se le permite transmitir derechos más amplios es posible que se le otorgue la concesión de un derecho generalmente de propiedad temporal, como es el derecho de

---

<sup>43</sup> El Código Civil italiano continúa siguiendo "la inicial tesis romanista" donde el enfiteuta es titular de un derecho real sobre cosa ajena. Todo ello frente a la concepción existente en nuestro Código donde se define a la enfiteusis como una figura fluctuante entre la concepción del dominio dividido y la puramente censal. Díez Picazo y Gullón: Sistema de derecho civil. Vol III. Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral. 6ª ed. Tecnos. Madrid. 1990. Pag. 479.

<sup>44</sup> Tiene derecho a disfrutar de la finca, (Art. 1632 "haciendo suyos los productos de esta y sus accesiones...") tiene derecho a gravarla (señalándose únicamente en el artículo 596 C.C. la necesidad de contar con el consentimiento del dueño directo si es un gravamen voluntario perpetuo) y a disponer de su dominio útil sobre la misma (facultad que se deduce del artículo 1.617 C.C.: "Pueden transmitirse a título oneroso o lucrativo las fincas gravadas con censos..." y 1633 C.C.: "Puede el enfiteuta disponer del predio enfiteútico y de sus accesiones, tanto por actos inter vivos como de última voluntad, dejando a salvo los derechos del dueño directo...").

superficie. Sin embargo, este razonamiento no es correcto. Guilarte <sup>45</sup> acertadamente mantiene que el enfiteuta no puede derogar por sí sólo el principio de accesión, pues considera que el art. 1632 del C.C. al determinar que el enfiteuta hace suyos los productos de la finca y sus accesiones, quiere decir que aunque "los haga suyos", dichas accesiones pertenecerán al dueño de la finca.

Así, dicho autor concluye que en el supuesto de la modalidad urbanística, el enfiteuta no puede constituir el derecho de superficie, ya que no tiene la facultad de renunciar al principio de accesión, de manera que el constructor no adquiriría la propiedad de lo edificado.

En cuanto a la modalidad común, continúa diciendo, al ser considerado el derecho de superficie como un gravamen por el Código, el enfiteuta puede consentir la construcción del edificio sobre el fundo, que pertenecerá al dueño directo, y únicamente podrá ceder el goce del edificio al constructor; lo que también ocurrirá, si el derecho de superficie se concede sobre una edificación preexistente.

Así, siguiendo su argumentación de no derogar por sí sólo el principio de accesión, entiendo que no hay un derecho de superficie, puesto que no hay propiedad superficiaria. Y ello porque la propiedad siempre será del dueño directo, lo único que tendrá el enfiteuta, y que puede ceder al constructor, sobre la edificación será el goce de la misma.

En cuanto a la posibilidad de que **el usufructuario**, pueda constituir el derecho de superficie hay diversas opiniones dentro de la doctrina.<sup>46</sup> A mi modo de ver está claro que

---

<sup>45</sup> Guilarte: El derecho de superficie.. Cit. Pag. 207

<sup>46</sup> Por un lado, **Fuentes Lojo** (Suma de la propiedad por apartamentos... Cit. Pag. 380) se muestra partidario de su legitimación. Y ello porque siendo un derecho real de carácter temporal que autoriza a su titular a disfrutar de todas las utilidades que resultan del normal aprovechamiento de una cosa ajena, concluye que es posible su constitución siempre que se resuelva el derecho de superficie al finalizar el usufructo.

el usufructuario posee unicamente un derecho de goce pero no un verdadero derecho de propiedad, ni siquiera como señala De los Mozos, tiene un dominio util. Sin embargo, siguiendo la hipótesis formulada por Guilarte, y De los Mozos de si el usufructuario contase con el permiso del nudo propietario, creo que no habría ninguna duda en pensar que sí podría constituirse el derecho de superficie. Lo que pasaría es que en realidad no podría hablarse de un derecho de superficie constituido por el usufructuario, sino que nacería del acuerdo conjunto de ambas voluntades: la del nudo propietario y la del usufructuario; puesto que se concedería un derecho más amplio del que tendría el usufructuario. Lo que viene a confirmar en último término que el usufructuario no puede conceder un derecho de superficie.

En base a idéntico argumento considero que tampoco se encuentran legitimados ni el **usuario** ni el **habitacionista** ni el **arrendatario**,<sup>47</sup> al ser todos ellos titulares de un derecho de goce sobre cosa ajena. Los dos primeros por ser derechos de carácter personalísimos no susceptibles de traspaso ni de arrendamiento. Y en cuanto al arrendata-

---

Contrario a esta tesis es **De los Mozos** (El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbana. Ministerio de la vivienda. Madrid. 1974. Pag. 27) que establece que no siendo dueño, ni siquiera del dominio util, nunca el usufructuario podrá constituir el derecho de superficie por si mismo, y sin el consentimiento del nudo propietario.

**Guilarte** (El derecho de superficie... Cit. Pag. 211), en principio, mantiene una postura a favor de su constitución, pero luego la limita. Así señala que el usufructuario puede constituir el derecho de superficie pero siempre supeditado a la propia vida del usufructo, y ello cuando el objeto del derecho de superficie no implique el quebrantamiento del contenido del art. 479 C.C., es decir, el usufructuario tendrá derecho a disfrutar del aumento que reciba por accesión la cosa usufructuada, sin que en ningún caso pueda adquirir la propiedad de lo edificado. Sin embargo, continúa señalando que es posible su constitución apoyando su argumentación en que el usufructuario no tiene el poder de disposición de la cosa, como igualmente señala De los Mozos, de forma que necesita el consentimiento del nudo propietario para la cesión del goce de su derecho, pues no hay que olvidar que él no es dueño ni del dominio util.

<sup>47</sup> Vid. lo señalado en relación con el arrendamiento cuando estudiamos los modos de constitución.

rio, no hay que olvidar que es un derecho de goce de carácter personal y que no posee la facultad de libre disposición.

El último punto, objeto de breve comentario, se centra en la legitimidad del **superficiario** para constituir otro derecho de superficie.<sup>48</sup> En nuestra doctrina el tema se estudia como supuesto de **derecho de subsuperficie**. El superficiario estaría legitimado para conceder un derecho de superficie sobre las bases de su concesión (sobre todo en el apartado referente a las condiciones de la edificación superficiaria).

En el caso de que no se haya hecho constar nada en dicho particular, o si la construcción se adapta a las características establecidas en el contrato, y evidentemente no se ha prohibido expresamente, no hay duda alguna de que sí cabe la constitución de la subsuperficie por el propio superficiario.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> Para la doctrina italiana (Quaranta y Preden: Superficie... Cit. Pag. 20, Pugliese: Superficie... Cit. Pag. 575 y Cendon: Superficie... Cit. Pag. 264) el único titular de derecho real limitado que puede constituir el derecho de superficie es el superficiario, y no sólo sobre la propiedad de la construcción ya edificada sino también cuando ésta no se ha realizado aún.

<sup>49</sup> **Guilarte** (El derecho de superficie... Cit. Pag 213 y ss) inicia su estudio diferenciando la doble modalidad del derecho de superficie, la común y la urbana. En la modalidad común, y teniendo en cuenta la distinta aplicación normativa, según se haya establecido por tiempo indefinido (reglas de la enfiteusis) o limitado (reglas del arrendamiento) se llega a una conclusión absurda, según señala dicho autor. Y ello porque de aplicarse las normas de la enfiteusis no cabría (por la prohibición de la existencia de subenfiteusis), mientras que si se hubiera establecido por tiempo limitado sí tendría lugar la subsuperficie (por analogía al subarrendamiento). La conclusión a la que llega Guilarte, en la modalidad común es que cabe su constitución, tomando como fundamento que si el superficiario puede disponer de su derecho, no parece claro que no pueda constituir el derecho de superficie y sí otros derechos reales. En cuanto a la modalidad urbanística, señala que la misma debe imponerse siempre que no se pacte expresamente su prohibición, y en base a que el art. 161-3º de la Ley del Suelo de 1956, permite la constitución de derechos reales sobre la superficie.

Por el contrario, **Campos Porrata** (El renacido derecho de superficie. A.A.M.N. T. 17. 1967. Pags. 235 y ss. Pag. 251) señala que la "prevención que nuestra legislación demuestra hacia la subenfiteusis, prohibida expresamente en el Código Civil, y al subarrendamiento, que es causa de resolución arrendaticia, no parecen muy favorables al reconocimiento y admisión de esta figura jurídica".

Considero que es admisible la posibilidad de constitución del derecho de superficie por el superficiario, en sus dos fases, tanto como derecho a edificar y mantener lo edificado, como sobre la construcción existente; y tanto sobre suelo ajeno sobre el que se ha otorgado ya un derecho de superficie; como sobre una edificación superficiaria, con el fin de otorgar derechos de sobreedificación y subedificación superficiaria.<sup>50</sup> Todo ello, sin necesidad del consentimiento del concedente, quien lleva a cabo la derogación de las reglas de la accesión, en favor del superficiario, que puede, a su vez, otorgar derechos reales únicamente por la duración de su derecho.

#### B.- Requisitos objetivos

En este apartado debemos distinguir el **suelo**<sup>51</sup> y la **construcción**.<sup>52</sup>

---

Por último, **De los Mozos** (El derecho de superficie... Cit. Pag. 278 y 285 y ss) afirma la posibilidad de constitución de la subsuperficie o de lo que él denomina derecho de superficie de segundo grado, dependiendo exclusivamente de la autorización del dominus soli efectuada en la concesión o en un momento posterior.

<sup>50</sup> Piensesé en la posible constitución de un derecho de subsuperficie sobre el terreno concedido en superficie, cuando éste sea más extenso que la construcción realizada, pudiendo dedicar una parte del mismo a la construcción por un tercero, cuyo derecho derive del superficiario y no directamente del propietario del suelo. O el supuesto del edificio superficiario tanto si pertenece a una sola persona, como si está constituido por una propiedad horizontal separada.

<sup>51</sup> Como salvedad previa debemos tener en cuenta que el derecho de superficie urbanístico se constituye sobre los bienes de las Entidades Locales y siguiendo a Prats Albentosa (quien trata el tema del derecho de superficie en la obra de López López y Montes Penadés: Derechos reales y Derecho inmobiliario Registral. Tirant Lo blanch. Valencia 1994. Pag. 597), puede constituirse sobre:

-bienes o terrenos de su propiedad, esto es, bienes patrimoniales o de propios en el sentido de los arts. 340 y 344.2 C.C.

-o, sobre bienes que integran el Patrimonio Municipal del Suelo, el cual está constituido por bienes sometidos al derecho privado pero que constituyen un patrimonio separado dentro de los demás bienes patrimoniales del Municipio, dada su sujeción por la Ley del Suelo a un uso concreto: "deberán destinarse a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, de acuerdo con el planeamiento urbanístico". (art. 280-1 L.S)

Resulta interesante destacar como la Ley del Suelo de 1992 ha regulado en el

En relación con el **suelo**<sup>53</sup>, el derecho de superficie debe constituirse sobre la totalidad de la finca, de manera que si las partes quieren pactarlo sobre una parte de la misma porque no tienen intención de que toda ella quede afectada al mismo, deberá procederse a su segregación, aunque también podrá extenderse el derecho de superficie

---

Capítulo III bajo la rúbrica Actuaciones Asistemáticas en suelo urbano, (arts. 185 a 198) que el Título Iv dedica a la Ejecución del Planeamiento, una nueva técnica jurídica denominada **Transferencias de Aprovechamientos urbanísticos**, la cual encuentra su aplicación exclusiva en el suelo urbano no incluido en unidades de ejecución, y que permite resolver los desajustes entre el aprovechamiento real de una parcela y el patrimonializable por un titular.

Para el suelo urbano, los Planes Generales y las Normas Subsidiarias Municipales, fijan un aprovechamiento urbanístico tipo para todas o cada una de las áreas homogéneas en que se divide el suelo urbano que expresaría el contenido normal del derecho a edificar. Las T.A.U.S. consisten en permitir a los propietarios transferir los excesos del aprovechamiento tipo susceptibles de apropiación a aquellos otros propietarios a los que el planeamiento no les permite obtener realmente el porcentaje del aprovechamiento tipo susceptible de apropiación.

Así los propietarios de edificios y solares cuya edificabilidad fuera diferente a la establecida por el aprovechamiento tipo podrían transferir libremente la totalidad del aprovechamiento con respecto al tipo establecido en el Plan, pudiéndose en definitiva, disociar el derecho dominical del suelo y el ius aedificandi (vuelo) otorgado por el Plan.

Las transferencias permiten la adquisición o transmisión (por cesión, venta, permuta...) de tales aprovechamientos.

El aprovechamiento real máximo permitido por el Plan es susceptible de negocio y, por consiguiente, de producir beneficios a su propietario en el mercado inmobiliario, tanto a través de los aprovechamientos reales de carácter privado -superficies edificables para equipamientos y dotaciones de uso privado (centros de enseñanza, guarderías, hospitales y templos privados)- como de carácter público (construcción de viviendas).

Por otro lado, se recoge la posibilidad a través de las T.A.U.S. de ceder gratuitamente a la Administración terrenos, lo que supone la necesidad de expropiar menos superficies con el consiguiente ahorro de sus gastos para la Hacienda Pública Local, y el incremento de su capacidad adquisitiva y patrimonial. Terrenos que pasan a formar parte del Suelo Patrimonial Público y que puede ser objeto, a su vez, de **cesión en derecho de superficie**.

<sup>52</sup> En principio vamos a referirnos a lo que se entiende por suelo y construcción en sentido estricto, para poder profundizar en el estudio de los elementos de la Institución tanto cuando el derecho de superficie recaé sobre el suelo en sí, como sobre una edificación preexistente. Refiriéndonos en último extremo a los **derechos de sobreedificación y subedificación superficiarios**.

<sup>53</sup> Recaé sobre una finca, y en palabras de De los Mozos (El derecho de superficie... Cit. Pag. 280), una vez constituido aquél, ésta será relegada a mero suelo.

sobre un terreno aunque no sea todo él objeto de edificación.<sup>54</sup> Puede constituirse sobre toda clase de terrenos, tanto de carácter público, según lo señala claramente la Ley del Suelo, como terrenos de carácter privado. Y también puede recaer sobre o bajo suelo ajeno,<sup>55</sup> o recaer sobre una parte de un inmueble, como, por ejemplo, el piso o un apartamento de una casa, siempre que se llegue a una armonización con el sistema de Propiedad Horizontal.<sup>56</sup>

Una cuestión que debe determinarse es si puede, o no, constituirse sobre suelo rústico. De La Rica<sup>57</sup> afirma tal posibilidad, siempre que la finalidad del mismo sea la de construir bodegas, almacenes, o silos, de lo que resulta que el destino de tales edificaciones estará relacionado con labores agrícolas. A mi modo de ver tal posibilidad está íntimamente conectada con las normas urbanísticas y de planeamiento. Si el derecho de superficie se

---

<sup>54</sup> Resulta necesario fijar la extensión del derecho de superficie sobre las porciones de terrenos accesorias a la construcción, como patios y jardines. En principio, hay que señalar, que habrá que estar a lo dispuesto en el título constitutivo. Pero, en general, la existencia de dichos elementos accesorios como objeto o no del derecho, se hace depender del destino, importancia y finalidad de la construcción, incidiendo en la distinción de las partes accesorias de "un edificio de lujo" que de una "simple casa de vecindad". No es lo mismo la constitución de un parque acuático, a través de un derecho de superficie, compuesto por las diferentes instalaciones y zonas de recreo, o la misma ciudad de la imagen, con los distintos pabellones que la integran así como zonas verdes, que unas viviendas de promoción social.

<sup>55</sup> Frente al ordenamiento portugués donde expresamente se niega la posibilidad de constituirse en el subsuelo con carácter general, en el Código Civil.

<sup>56</sup> Armonización que consiste principalmente en la asignación de cuotas a cada propietario, teniendo en cuenta que los copropietarios superficiarios lo serán temporalmente, y no tendrán derecho alguno -ni, por consiguiente, cuota- sobre el suelo, que pertenecerá a su concedente. A favor de que el derecho de superficie recaiga sobre la parte de un inmueble, se encuentran Fuentes Lojo (Suma de la propiedad por apartamentos... Cit. Pag. 383) y De los Mozos (El derecho de superficie... Cit. Pag. 282).

<sup>57</sup> De La Rica y Arenal: Comentarios a la Reforma del Reglamento Hipotecario. Libro Homenaje a Don Ramón de la Rica y Arenal. T. II. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid. 1976. Pag. 24.

constituye sobre un suelo urbano no hay problema en llevar a cabo tal edificación, siempre que las características generales de la construcción se adapten a los Planes Generales de Ordenación Urbana, o a las normas urbanísticas que determinen el volumen edificable y la obtención de licencias.<sup>58</sup> Sin embargo si el derecho de superficie recaé en el suelo rústico,<sup>59</sup> las construcciones habrán de estar destinadas a usos agrícolas o ganaderos.<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> De la Ley urbanística no parece desprenderse que el suelo deba reunir las características de solar, sino que conforme al planeamiento resulte ser un terreno edificable. Las exigencias para la edificación se examinarán con posterioridad, cuando se solicite la licencia, y ello porque el suelo debe ser edificable de acuerdo con las normas de planeamiento ya que de otro modo no se conseguiría la finalidad del contrato. Por otro lado, para que sea calificado de solar, el terreno debe cumplir unos requisitos mínimos previstos en el planeamiento (exigencia de pavimentación de la calzada, encintado de aceras, servicio de agua, desagüe y alumbrado público...).

<sup>59</sup> Al mencionar suelo rural o rústico, me refiero al suelo considerado no urbanizable, es decir a aquel que no es susceptible de ningún desarrollo urbano, sino sólo del aprovechamiento inherente a sus cualidades estrictamente naturales (uso rústico, en su triple visión: agrícola, forestal y ganadero). Y ello porque en el suelo rústico se prohíbe la edificación en forma de bloques de pisos con paredes medianeras al descubierto, o las edificaciones características de zonas urbanas, de manera que sobre esta clase de terrenos, las posibilidades de aplicación del derecho superficiario son muy reducidas en la práctica. Además no hay que olvidar la posible existencia del derecho de superficie rústico o vegetal, o derecho de plantación en finca ajena, que no es objeto del presente trabajo.

<sup>60</sup> El art. 63 de la Ley 39/88 de 28 de diciembre, **reguladora de las Haciendas Locales**, realiza una calificación de las construcciones de naturaleza rústica, a efectos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, que puede resultar orientadora. Así, señala que tienen tal consideración, los edificios e instalaciones de carácter agrario que situados en los terrenos de naturaleza rústica sean imprescindibles para el desarrollo de las explotaciones agrícolas, ganaderas y forestales. Mientras que no tendrán tal consideración los tinglados o cobertizos de pequeña entidad utilizados en explotaciones agrícolas, ganaderas o forestales que por el carácter ligero y poco duradero de los materiales empleados en su construcción, sólo sirvan para usos tales como el mayor aprovechamiento de la tierra, la protección de los cultivos, albergue temporal de ganados en despoblado o guarda de aperos o instrumentos propios de la actividad a la que sirvan y estén afectados. Ni las obras y mejoras incorporadas a los terrenos de naturaleza rústica, que formen parte indisoluble del valor de aquellas.

En el mismo sentido el Art 7º de la **Ley de Arrendamientos Rústicos** señala que no se aplicarán las normas de la misma a los arrendamientos que tengan por objeto, inicial o posteriormente, fincas en las que concurren alguna de las siguientes circunstancias:

- Constituir suelo urbano, o suelo urbanizable programado.
- Ser accesorias de edificios o explotaciones ajenas al destino rústico, siempre que el



En el ordenamiento francés se ha llegado a una solución más sencilla, al existir distintas regulaciones, pues se utiliza el arrendamiento con facultad de construir, para llevar a cabo edificaciones urbanas,<sup>61</sup> y, en el ámbito rústico, se utiliza el arrendamiento enfiteútico, para la construcción de edificaciones cuyo destino sea agrícola.

El suelo debe reunir todas las características necesarias para albergar una construcción. En caso contrario, si una vez pactado el derecho no se puede proceder a la construcción, por razones urbanísticas o por la existencia de alguna servidumbre de derecho privado, el contrato origen del derecho de superficie será nulo por imposibilidad de su objeto.<sup>62</sup>

Pero, ¿únicamente el derecho de superficie puede recaer sobre suelo, o puede recaer sobre el agua o constituirse a través del aire (como las líneas eléctricas, telefónicas, teleféricos...)? La doctrina italiana ha sido la que más se ha preocupado de precisar los

---

rendimiento ajeno al rústico sea notoriamente superior a éste.

- Tener por cualquier circunstancia ajena al destino agrario, un valor en venta superior al doble del precio que normalmente corresponda en la zona o comarca de las de su misma calidad o cultivo.

Sin olvidar la existencia del art. 2 de dicha Ley, que en su párrafo 2º dispone: "aquellas edificaciones... destinadas a la explotación."

<sup>61</sup> Puesto que en la Exposición de Motivos de la ley de 16 de diciembre de 1964, el legislador únicamente reguló el *bail à construction* con fines urbanos.

<sup>62</sup> En este sentido se puede establecer que las partes limiten la conclusión del contrato a la obtención del permiso de construir o someterlo a la condición suspensiva de esa obtención. No hay que olvidar que la finalidad de este contrato es la de construir, si el terreno no resultase apto para ello, el superficiario podría resolver del contrato, dando lugar a su indemnización por daños y perjuicios, si pudiese probarse como vicio oculto conocido por el concedente (art. 1486 C.C.), o, si no lo conocía, pagando los gastos ocasionados.

Si el terreno resultase inapto aunque no en toda su extensión, por la naturaleza geológica del suelo, la construcción se haría inviable y podría resolverse el contrato por cualquiera de las partes.

límites materiales de constitución del derecho de superficie. Así, Cendon,<sup>63</sup> señala que no es posible constituirlo cuando su objeto sea realizar baños, molinos de agua u otro edificio flotante (solidamente unidos a la orilla), y ello porque se trata de construcciones que no recaen sobre el suelo, no entrando por lo tanto dentro del esquema de la accesión. Salis,<sup>64</sup> amplía esta argumentación a aquellas construcciones que cuelgan del vacío, como por ejemplo: puentes, teleférico, líneas eléctricas, balcones... Sin embargo, esta doctrina no es unitaria pues Messineo,<sup>65</sup> señala la posibilidad de construir a través del derecho de superficie, vías de ferrocarril y de tranvía, quioscos, viaductos o pasadizos elevados, cabinas de transformación para la electricidad, y el funicular aéreo.

En nuestro derecho, todos estos ejemplos han sido considerados como aprovechamientos objeto de concesión administrativa de los bienes de uso público.<sup>66</sup> Entendemos además, que no puede considerarse que el derecho de superficie se constituya sobre el agua, o a través del aire o del espacio, por ejemplo cables, no sólo por la falta de derogación del principio de accesión que posibilite el nacimiento del derecho, sino porque en su mayoría no son ni siquiera construcciones que den lugar a una propiedad separada.<sup>67</sup>

---

<sup>63</sup> Cendon: Superficie... Cit. Pag. 266

<sup>64</sup> Salis: Superficie... Cit. Pag. 951

<sup>65</sup> Messineo: *Manuale di diritto civile e commerciale*. Milano 1947. Pag. 115.

<sup>66</sup> Dentro del artículo 444 de la antigua Ley de Régimen Local, se enumeraban distintos aprovechamientos que podían ser objeto de concesión señalándose entre otros: Balnearios, construcción de cisternas o aljibes donde se recojan aguas pluviales, construcción de pozos de nieve, postes fijos, básculas, aparatos para la venta automática, quioscos, colocación de viaductos o rieles en vías públicas, publicidad luminosa en aparatos sustentadores de rotulación de las vías públicas, publicidad en columnas anunciadoras... y cualesquiera otra instalación de carácter análogo, que se caracterice por su fijeza, permanencia e importancia económica.

<sup>67</sup> Este punto será tratado con más detenimiento en el punto siguiente cuando tratemos el tema de las construcciones.

El suelo no va a ser el único elemento sobre el que recaé el poder del titular del derecho de superficie, ya que como explícitamente señalan los autores italianos, (aunque en su caso fundándose en el art. 952 del C.C. italiano), el derecho de superficie puede recaer no sólo sobre la superficie sino también sobre todo espacio superior, aunque se encuentre artificialmente elevado. Nos referimos a la **construcción** o incluso como veremos después **a todo el area existente sobre la construcción**.<sup>68</sup> Debemos iniciar la exposición señalando qué entendemos por construcción, si unicamente un edificio para habitar, o puede ser cualquier tipo de recinto. A mi modo de ver, se debe incluir todas aquellas obras, que empleando los materiales y las técnicas necesarias, logren alcanzar el fin propuesto y para el que se ha promovido su ejecución.<sup>69</sup>

En la doctrina italiana, Cendon<sup>70</sup> señala que el término construcción no está unicamente conectado con la finalidad de habitación sino que puede referirse a un depósito, una obra de defensa del suelo, una fábrica industrial... El único requisito necesario es que en su realización concorra la mano del hombre.

La doctrina portuguesa, en el mismo sentido, entiende que el término construcción debe considerarse en sentido muy amplio, englobando además de edificios cualquier otro tipo de construcción como diques, muros, puentes, o incluso trabajos que no entren dentro

---

<sup>68</sup> Son los derechos de sobreedificación y subedificación que surgen sobre o bajo edificación ajena, de carácter superficiario pues su característica esencial es que luego revierten al dominus soli, que también puede ser el propietario-s (propiedad horizontal) de la construcción.

<sup>69</sup> Fuentes Lojo (Suma de la propiedad... Cit. Pag. 383) mantiene que se debe entender en un sentido más amplio que edificación siendo toda construcción de carácter permanente que represente un todo independiente.

<sup>70</sup> Cendon: Superficie... Cit. Pag. 267.

de la significación usual de esta última palabra como, por ejemplo, cables eléctricos.<sup>71</sup>

Y, en cuanto al tipo de construcción, ¿podrían servir como objeto de este derecho los inmuebles unidos al suelo con una mera finalidad transitoria? En este punto la doctrina ha sido concorde,<sup>72</sup> al afirmar que la construcción debe estar unida al suelo, no sólo porque esa unión supone implícitamente la misma noción de construcción, en cuanto inamovible, sino porque además su unión al suelo determinaría el efecto adquisitivo a favor del propietario del fundo, y sobre el cual la institución superficiaria constituye precisamente su derogación. Es una característica esencial de la obra que se encuentre unida al terreno, y que sea el resultado de un proceso de construcción, que determina la existencia de un inmueble nuevo, idóneo a su vez, para realizar cualquier objeto o destino que en el terreno abierto no sería posible conseguir.<sup>73</sup> De esta forma no pueden considerarse objeto del derecho de superficie en nuestro ordenamiento, la realización de trabajos en el suelo sin empleo de materiales, como por ejemplo excavaciones, o las edificaciones que estén realizadas sin ningún tipo de adhesión al suelo, tales como voladizos, puentes...(frente a la doctrina portuguesa señalada con anterioridad, y a la doctrina italiana sustentada por Messineo), y así lo expone Fuentes Lojo.<sup>74</sup> Aunque, en base a la definición expuesta con

---

<sup>71</sup> Almeida Costa: *Noções de direito civil*. 2º. ed. Livraria Almedina. Coimbra. 1985. Pag. 442.

<sup>72</sup> Roca Sastre: *Ensayo sobre el derecho de superficie...* Cit. Pag. 36, Fuentes Lojo: *Suma de la propiedad...* Cit. Pag. 384 y De los Mozos: *El derecho de superficie...* Cit. Pag. 282 y 283.

<sup>73</sup> La STS de 24 de marzo de 1992 y la de 4 de febrero de 1993, se refieren a la constitución de un derecho de superficie con el fin de construir un quiosco. Para que no hay dudas sobre el tipo de construcción que es, y recogiendo los términos del fundamento de Derecho Tercero de la primera sentencia citada, hemos de señalar que "el quiosco-bar (consta) de planta sótano, planta baja, terraza sobre ella, y zona aneja, de una superficie total de 288,92 m<sup>2</sup>, construida 126,69 m<sup>2</sup>..."

<sup>74</sup> Fuentes Lojo: *Suma de la propiedad...* Cit. Pag. 383

anterioridad, estos inmuebles están unidos al terreno en algún punto -puentes, o a través de otro inmueble (derecho de sobreedificación superficiaria)- voladizos, consideramos que no tienen entidad suficiente para que en nuestro ordenamiento sean considerados objeto de derecho de superficie. Ni tampoco, aquellas cuyo objeto es transitorio, como los quioscos o casetas.<sup>75</sup>

Por otro lado está el problema de distinguir lo que entendemos por obra o construcción, como objeto del derecho de superficie, de la obra de menor entidad, considerada como mejora en el arrendamiento ad meliorandum. De los Mozos,<sup>76</sup> establece como baremo la valoración de la intención de las partes en el momento de su realización. Entiendo que la mejora solamente puede ser objeto de un arrendamiento complejo ad meliorandum, y por ella entendemos las modificaciones introducidas por el arrendatario con el fin de aumentar el valor, el aprovechamiento, o el embellecimiento de la finca propiedad del arrendador cuyo carácter es obligatorio pues la contraprestación del contrato se fija de acuerdo con los gastos que le va a suponer al arrendatario llevar a cabo las mismas. Sin embargo, en el arrendamiento no se otorga al arrendatario derecho real alguno, solamente un derecho de goce, frente al derecho de propiedad del superficiario sobre la construcción realizada.<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup> Pugliese, (Superficie...Cit. Pag. 594), a mi modo de ver con razón, señala que el eventual derecho de depositar una cosa mueble sobre el suelo ajeno y de mantenerla, no comporta la existencia de un derecho de superficie, sino que se integraría en el contenido de un derecho de uso, de usufructo o de enfiteusis, o no sería ni siquiera un derecho real. Aunque, por otro lado, sí mantiene la existencia de un derecho de superficie sobre el banco en Iglesia y el palco en teatro.

<sup>76</sup> De los Mozos: El derecho de superficie...Cit. Pag. 283.

<sup>77</sup> Tanto el superficiario como el arrendatario estarán sujetos al tipo de construcción, al modo y destino de la misma, pactado en ambos casos con el dueño del suelo o con el arrendador. De igual modo también deberán someterse a la legislación urbanística.

Hasta ahora cada vez que hacíamos referencia al derecho de superficie señalábamos desde el plano teórico que consistía en edificar o mantener la edificación existente sobre la superficie del solar ajeno. Evidentemente desde el punto de vista práctico que una construcción se alce únicamente sobre su superficie es bastante difícil, y ello por la necesidad de utilización de parte del subsuelo para el sostenimiento de la construcción misma. Así, la Compilación Foral de Navarra, en su ley 430 apartado 2º, expresamente ha matizado esta cuestión al señalar que "la extensión del derecho del superficiario alcanza a aquella parte del subsuelo que normalmente se precisa para el aprovechamiento de la superficie a los efectos de cimientos, desagües, ventilación y demás necesidades propias del edificio según su naturaleza".

Sin confundir la extensión hacia el subsuelo del derecho de superficie con el derecho de subedificación superficiaria.

### C.- Elementos Formales

Como consecuencia del silencio normativo mantenido por el Código Civil respecto a la institución, había un gran imprecisión en la doctrina acerca de cual era la forma en que debía constar el derecho de superficie. Así, por una parte, se entendía tras la promulgación del Código Civil, que debía aplicarse en vía analógica la disciplina de los censos, requiriéndose escritura pública para su constitución. Por otro lado, se afirmaba que el título instrumental en que constase su constitución o adquisición debía ser el adecuado al modo de adquisición del derecho, ajustándose a sus respectivas formalidades para su eficacia según se constituyera por contrato, testamento, donación o prescripción.<sup>78</sup>

---

<sup>78</sup> Vid. Puig Peña: Tratado de Derecho Civil Español. T. II. Vol. I. 2º Ed. EDERSA. Madrid. 1953. Pag 478.

Ante esta situación la Jurisprudencia en **STS de 4 de julio de 1928**,<sup>79</sup> señaló que la existencia legal del derecho de superficie puede demostrarse no sólo con la escritura de constitución, sino además con algún otro documento justificativo. En cuanto a la escasa Jurisprudencia encontrada, en relación con el Derecho Foral de Navarra se aporta un criterio expreso de inexigibilidad de inscripción registral.<sup>80</sup> De su espíritu se infiere claramente la necesidad tanto del consentimiento del propietario del terreno para la constitución del derecho de superficie, como la existencia de una inequívoca declaración de voluntad, estableciéndose la inexigibilidad de su acceso al Registro de la Propiedad como reflejo de su tradición histórica.<sup>81</sup> La **STS de 15 de junio de 1984**,<sup>82</sup> afirma explícitamente que el

---

<sup>79</sup> **STS de 4 de julio de 1928** (J.C. 1928. Pag. 558 y ss) "Considerando que el derecho de superficie a que entre los de los censos, los foros y otros análogos, alude el art. 1.611 del C.C., por lo mismo que no ha sido definido por la legislación clásica en el código vigente y por los tratadistas de un modo determinado y concreto, sino estimándolo similar a lo antes mencionado, y muy principalmente al censo enfiteútico, precisa para que pueda reconocerse su existencia legal que se demuestre con la escritura de su constitución o algún otro documento justificativo..."

<sup>80</sup> Así la **STS de 1 de febrero de 1979**, señala que "aunque el Fuero Nuevo navarro no establece una forma determinada, en todo caso será indispensable una inequívoca declaración de voluntad de los contratantes para dar por constituido el derecho de superficie...". En el mismo sentido se encuentra la **S Aud. Prov. de Navarra de 30 de abril de 1986**, (Recogida del Fuero Nuevo, Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra (derecho histórico, concordancias, jurisprudencia) De Pablo Contreras; Fernández Urzainqui y otros... Cit. Pag. 525) la cual establece que "el Derecho navarro, fiel a la tradición romanística en este particular, no exige, como lo hacen las disposiciones de la Ley del Suelo y Reglamento Hipotecario para el derecho de superficie urbano, la inscripción registral del documento en que se instrumentó aquél derecho, únicamente precisa para su oponibilidad a terceros, ni la forma documental para su válida constitución, ni impone, como aquella normativa, su temporalidad."

<sup>81</sup> En este sentido Salinas Quijada (*Derecho Civil Foral de Navarra*. T.III. Vol. II. Pamplona. 1974. Pags. 11 y ss Pag. 32) afirma que "la inscripción registral parece inexcusable para hacer que el derecho sea oponible a terceros, pero no puede llegar a considerarse constitutiva, ya que el nacimiento surge puramente del acto creador, que nunca precisó constatación registral para su eficacia jurídica."

<sup>82</sup> La **STS de 15 de junio de 1984** (Rep. Aranz. 3243)

derecho de superficie, salvo en su modalidad urbanística, no requiere para su constitución, en ningún caso la escritura pública ad solemnitatem.

Tras la publicación de la Ley del Suelo de 1956, las dudas fueron disipándose en relación con la modalidad urbanística. Dicha Ley señalaba, en su artículo 158 que debía constituirse en escritura pública. El Reglamento Hipotecario que confiere, sin lugar a dudas, carácter constitutivo a la inscripción del derecho, en su art. 16-1º, emplea el término más generalizado de "título público", pues incluye todos los modos de adquirir de este derecho.<sup>83</sup> En la misma línea han continuado las siguientes reformas de la Ley del Suelo, de forma que el art. 172-2º de la Ley de 1976, disponía que "la concesión del derecho de superficie deberá ser en todo caso formalizada en escritura pública..", y la actual Ley del Suelo, en su artículo 288 apartado 2º, recoge los mismos términos. Pero, ¿por qué es necesaria la escritura pública, o mejor dicho, en base al art. 3 L.H. también la sentencia firme (es decir cualquier título habil para inscribir)? Entendemos que dicha necesidad, que ha sido tan remarcada por todas las leyes administrativas, tiene su razón de ser en que el legislador siempre piensa en el carácter constitutivo de la modalidad que regula.<sup>84</sup>

En definitiva, para la constitución del derecho de superficie en su modalidad urbana común, no se necesita la escritura pública como fórmula documental y ello en base a la doctrina jurisprudencial expuesta y a los artículos generales en materia de contratos (1.278,

---

<sup>83</sup> Art. 16-1º: "Para su eficaz constitución deberá inscribirse... Los títulos públicos en que se establezca dicho derecho de superficie deberá..."

<sup>84</sup> No hay ninguna duda de la necesidad de constitución en título público, si se opta por su inscripción registral. Así, la Compilación de Navarra en el apartado 3º del art. 428 señala que "son inscribibles en el Registro de la Propiedad, aunque no se determinen los elementos accidentales, como plazo de iniciación o terminación, características, presupuestos, mejoras, usos, explotación, destino o conservación de la obra a realizar".



1.279 y 1.280 del Código Civil), pues no olvidemos la distinción existente entre el derecho de superficie y la enfiteusis (cuya forma es la escritura ad solemnitatem) ya realizada. Por ello, el título documental debe ser cualquier título con carácter general, que acoja todas las posibles formas de constitución del derecho.<sup>85</sup>

Mientras que para la modalidad urbanística, cuya inscripción es constitutiva por haberlo señalado expresamente el legislador urbanista, y detallarlo el Reglamento Hipotecario, se necesita la escritura pública (o cualquier título público) como documento previo a su inscripción.

En cuanto a la posición del Derecho Comparado en este punto debemos señalar que la doctrina italiana,<sup>86</sup> más clara en sus planteamientos tras la regulación normativa de la figura en el Codice Civile, no duda en señalar que el negocio jurídico por el cual se haya constituido el derecho, deberá revestir la forma escrita y estará sujeto a inscripción no constitutiva.<sup>87</sup> Por lo que respecta al Código Civil portugués de 1966,<sup>88</sup> debemos señalar que igualmente acoge en su artículo 1.528 la exigencia de escritura pública, y su acceso

---

<sup>85</sup> Lo que ocurre es que la forma más habitual de constitución es el contrato, tanto entre particulares, como la forma concesión-contrato que utiliza la Administración cuando se trata de suelo público. De ahí que tanto las leyes urbanísticas, como el Reglamento en la letra D) del apartado 1º referido, únicamente señalen la escritura pública como requisito formal del derecho.

<sup>86</sup> Salis: La superficie... Cit. Pag 949, Palermo: La superficie. Trattato di diritto Privato de Rescigno. Propietta. II. Utet. 1989. Pag. 265

<sup>87</sup> La inscripción del derecho de superficie en el sistema italiano no tiene carácter constitutivo. En primer lugar debemos señalar que la transmisión del dominio en el sistema italiano se realiza **en función del mero consentimiento**, de manera que no existe ni la tradición ni la inscripción (transcripción de los derechos reales siempre que no sean derechos reales de garantía) como mecanismos que intervengan en la transmisión. La transcripción nunca tiene un carácter constitutivo. García García: Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. T. I. Madrid. 1988. Pag. 368 y 369.

<sup>88</sup> Hemos seguido Neto y Martins: Código Civil Anotado. 7ª ed. Lisboa. 1990

al Registro de la Propiedad.<sup>89</sup>

---

<sup>89</sup> Debemos tener presente que uno de los principios hipotecarios del sistema portugués establece **el sistema de transmisión del dominio por el mero consentimiento e inscripción no constitutiva salvo en el caso de la hipoteca**. Principio derivado de la inexistencia en el Código Civil de 26 de noviembre de 1966, de la transmisión del dominio a través de la tradición, sino únicamente a través de la voluntad de las partes. La inscripción nunca es constitutiva, sino que es requisito de oponibilidad erga omnes. Salvo para el caso de la hipoteca, donde la inscripción no es constitutiva en el sentido que la entendemos nosotros de ser un requisito para la existencia del derecho, sino únicamente para dar eficacia al negocio. Sin inscripción, la hipoteca no es eficaz ni entre partes ni respecto a terceros. García García: Derecho inmobiliario... Cit. Pag 358.

### **III.- CONTENIDO Y EJERCICIO DEL DERECHO SUPERFICIE**

#### **1.- Introducción**

El contenido esencial de la institución superficiaria consiste en edificar y mantener una construcción en fundo ajeno. Estudiar con una mayor precisión el contenido de este derecho supone detallar los derechos y obligaciones del concedente y del superficiario, para así conocer en profundidad como está regulada la figura en el Derecho Comparado, en el Derecho Foral de Navarra y en nuestra modalidad urbanística, con el fin de poder suplir el vacío existente en la modalidad urbana común surgida al amparo del Código Civil. Igualmente podremos conocer las cuestiones más importantes del ejercicio del derecho y, así, poder desarrollar, al final del presente trabajo, los problemas actuales con los que se encuentra la figura en la actualidad.

Partiendo de esta premisa, en el presente apartado nos vamos a ocupar del contenido del derecho en sus dos fases, tanto de los problemas específicos que se pueden plantear (derechos de las partes antes de la construcción, después de la misma...), como del ejercicio del derecho, sobre todo en su segunda fase, que se corresponde con el momento en el cual el superficiario realiza la construcción, contenido básico de su derecho, y la mantiene sobre el suelo del concedente.

#### **2.- Derechos y obligaciones del concedente del derecho.**

El concedente o dominus soli es el titular de la propiedad del suelo que ha *transmitido el derecho de edificación en su fundo, y, por consiguiente, la facultad de construir sobre su suelo o inmueble. Por ello tiene la obligación de permitir la construcción, y tolerar el alzamiento y mantenimiento de la misma sobre el suelo de su propiedad, pudiendo incluso autorizar la realización de trabajos, en el subsuelo, o sobre el suelo adyacente no gravado, necesarios para el ejercicio del derecho. Aunque ambas partes*

pueden también pactar lo contrario en el título constitutivo, imponiendo los límites que más se ajusten a sus intereses.

De este modo iniciamos este estudio planteándonos si antes de que el superficiario inicie la construcción, una vez pactado el derecho, existe la obligación para el concedente de modificar el estado del fundo, de manera que resulte posible en cualquier momento la realización de la construcción, y, también si existe la obligación para el concedente de no llevar a cabo ninguna obra que dificulte el comienzo de la construcción del propio superficiario. Ambas cuestiones se resuelven señalando que el concedente debe mantener a disposición del superficiario el terreno desde el momento en que se constituye el derecho, y por consiguiente, no debe impedir por ninguna causa el inicio de las obras, (pues no hay que olvidar que ha sido él, el que se ha despojado de una facultad inherente a su propiedad: el ius aedificandi, o que ha transmitido la propiedad de su edificación ya existente).

En el mismo sentido se entiende que el suelo debe encontrarse en perfecto estado para la realización de la construcción, objeto del derecho pactado, lo que significa, que si el terreno no es apto, y son necesarias obras para su acondicionamiento, éstas correrán por cuenta del concedente, salvo pacto contrario. En conexión con ello, no se le permitirán realizar obras al dominus soli en su fundo que redunden en su interés pero con las que pueda ocasionar algún perjuicio para el superficiario, al retrasar el comienzo de la construcción. Y ello porque el superficiario, una vez constituido el derecho, puede iniciar las obras en cualquier momento, no teniendo obligación alguna de notificar al concedente el comienzo de las mismas, pues el superficiario tiene el goce del suelo desde que se pactó el derecho. Así, en caso de vicios ocultos del terreno, el superficiario puede obligar al concedente a la realización de obras que lo adecúen al fin preciso. Si éste no se logra, por

imposibilidad material, el derecho de superficie se extinguirá, por resolución del título constitutivo, pudiendo el superficiario solicitar la reparación de los daños y perjuicios que se le hubiesen causado. Debemos tener en cuenta que las partes, a su vez, pueden determinar en el título constitutivo, algún acuerdo relativo a la modificación del fundo u obras, con el fin de hacer posible el goce pacífico del suelo.

Por otra parte, hasta que el superficiario no inicie su construcción, el propietario del suelo podrá mantener eventualmente las construcciones u obras sobre el suelo.<sup>90</sup> Pero el superficiario tiene derecho a demoler las construcciones existentes,<sup>91</sup> cuando éstas constituyan un estorbo o una incomodidad para la realización del derecho de superficie y, la consiguiente, construcción superficiaria, puesto que el fin primordial del derecho es la construcción y mantenimiento de la edificación superficiaria durante el plazo pactado, y por consiguiente, el goce del suelo.<sup>92</sup> En relación con la construcción existente, al ser

---

<sup>90</sup> En este sentido el Código Civil portugués dispone que hasta que no se inicie la construcción de la obra por el superficiario, el uso y disfrute de la superficie pertenecerá al propietario del suelo, el cual no puede hacer que resulte en modo alguno más onerosa o gravosa la construcción al superficiario, por continuar el cedente con su disfrute.

Art. 1532º: "Fruição do solo dá início da obra.

Enquanto não se iniciar a construção da obra ou não se fizer a plantação das árvores, o uso e a fruição da superfície pertencem ao proprietário do solo, o qual, todavia, não pode impedir nem tornar mais onerosa a construção ou a plantação."

Cuestión con la que no estoy de acuerdo, como más adelante expondré, pues una vez que se ha pactado el derecho de superficie, posibilitado por la derogación del principio de accesión, considero que todo lo que se realice sobre la superficie es propiedad del superficiario.

<sup>91</sup> Tratamos aquí este derecho del superficiario, por la unidad del tema objeto de estudio.

<sup>92</sup> En el mismo sentido, Saint-Alary (Saint-Alary: Bail à construction. Encyclopedie Dalloz. Jurisprudence Generale. Paris. 1989 Pag. 6), al estudiar el arrendamiento con facultad para construir, considera que el inquilino-superficiario tiene el derecho de demoler las construcciones existentes en el suelo arrendado, salvo el supuesto de que se haya pactado lo contrario. En tal caso, deberá proceder a la reconstrucción, de manera que las nuevas edificaciones se integren dentro del conjunto de las construcciones existentes. Art. 251-4º Cod. de la constr. et de l'hab.:

propiedad del dueño del suelo quien se ha obligado a entregar la propiedad de la superficie para la construcción de una edificación, tanto los gastos de derribo como los materiales de la misma le pertenecerán, teniendo la obligación de retirarlos para dejar libre la superficie y el deber de no hacer más onerosa la construcción al superficiario, con el fin de que éste pueda proceder a realizar la edificación cuando desee, salvo pacto en contrario.

Una vez realizada la construcción superficiaria, el propietario del suelo no podrá construir o hacer excavaciones superficiales o subterráneas de tal naturaleza que perjudiquen o dañen su seguridad.

Por otro lado, aunque la posición del dominus soli se centra en permitir y posibilitar la construcción superficiaria, también deberá satisfacer las contribuciones y arbitrios que afecten al suelo, como, por ejemplo, el actual Impuesto sobre Bienes Inmuebles, pero sólo en la parte proporcional referente al valor catastral del suelo.<sup>93</sup>

Los **derechos** del concedente son diferentes según recaigan sobre el subsuelo, suelo

---

"Sauf stipulation contraire du bail, il peut démolir, en vue de les reconstruire, les bâtiments existants."

<sup>93</sup> Impuesto sobre Bienes Inmuebles. (Ley 39/88 de 28 de diciembre reguladora de las Haciendas Locales). El artículo 61 señala que: "El Impuesto sobre Bienes Inmuebles es un tributo directo de carácter real cuyo hecho imponible está constituido por la propiedad de los bienes inmuebles de naturaleza rústica y urbana sitos en el respectivo término municipal, o por la titularidad de un derecho real de usufructo o de superficie, o de la de una concesión administrativa sobre dichos bienes o sobre los servicios públicos a los que estén afectados, y grava el valor de los referidos inmuebles". El artículo 62 establece que los bienes inmuebles de naturaleza urbana (suelo urbano, suelo urbanizable programado o no programado....) y las construcciones (edificios, instalaciones comerciales e industriales, obras de urbanización y mejora...) están afectas al pago de este impuesto.

De ambos preceptos se desprende que tanto el dueño del suelo, como el de la construcción superficiaria deben pagar la parte correspondiente al valor del suelo en el primer caso, y del edificio, en el segundo.

Aunque el ámbito fiscal no va a ser objeto del presente trabajo, queremos hacer referencia a la existencia un estudio de Camy Sanchez-Cañete (Tres problemas tributarios en tres leyes recientes: viviendas de renta limitada, hipoteca mobiliaria y urbanismo. RCDI. 1957. Pag. 337 y ss) en donde expone los problemas relativos a la liquidación del mismo.

o construcción. En relación con el SUBSUELO, hay que señalar que tanto antes de estar realizada la construcción como con posterioridad, el concedente podrá usarlo (pudiendo profundizar con el fin de construir) aunque sin poner en peligro ni perjudicar, una vez realizada, la construcción superficiaria.<sup>94</sup>

La cuestión se complica cuando la propiedad superficiaria ocupa no sólo la superficie y el vuelo sino también el subsuelo. Pensemos en un edificio con plantas en el sótano para garaje, o en el ejemplo del parque acuático, cuyas atracciones lo constituyen piscinas con profundización en el subsuelo, aunque en realidad cualquier edificación, tendrá que utilizar el mismo para los cimientos. En este caso, ¿cuál es el derecho del concedente?, ¿sobre qué recaé? Las partes pueden haber llegado a diversos acuerdos. Así, el superficiario puede construir la edificación y varias plantas de garaje en el subsuelo para entregárselas al propietario, utilizándolo de forma concreta; también puede conceder un derecho de superficie y un derecho de subedificación superficiaria a él o a un tercero, o simplemente, permitir un derecho de superficie con la utilización necesaria que conlleve

---

<sup>94</sup> Expresamente el Código Civil portugués, dispone que el uso y disfrute del subsuelo pertenece al propietario, el cual es el responsable de los perjuicios causados al superficiario como consecuencia de la explotación que realice.

Art. 1533 Del Código Civil: "Fuição do subsolo: O uso e a fruição do subsolo pertencem ao proprietário; este é, porém, responsável pelo prejuízo causado ao superficiário em consequência da exploração que dele fizer."

Oliveira Ascensao (O direito de superficie referente a plantações. Riv. Dir. agrario. Milano 1972. Pag. 273) especifica que tiene derecho a la explotación de minas, búsqueda de agua, de tesoros, o apertura de galerías subterráneas.

Igualmente la doctrina francesa (Saint-Alary: Superficie... Cit. Pag. 3, Marty y Raynaud: Droit Civil... Cit. Pag. 238 y Weill, Terré y Simler: Droit Civil... Cit. Pag. 826) recoge algunos puntos en conexión con este derecho tales como la facultad de explotación del subsuelo, salvo pacto en contrario (es el caso, por ejemplo, de turberas y canteras que se encuentran dentro del mismo, a condición de que no se perjudique o dañe la superficie), derecho al censo minero en el caso de que se conceda la explotación de la mina a un tercero, (independientemente de que se haya creado la concesión superficiaria con anterioridad o posterioridad a la constitución del derecho de superficie), y, por último, derecho a la mitad o totalidad del tesoro descubierto en el subsuelo, según sea descubierto por un tercero o por él mismo.

de una ínfima parte del subsuelo reservándose él la mayor utilización del mismo. Según el acuerdo que se alcance, el derecho de propiedad sobre el suelo del concedente tendrá una mayor o menor base material, siendo, por consiguiente, menos abstracto o difuso.

Por lo que respecta al SUELO, Guilarte establece que el concedente tras la constitución del derecho de superficie y antes de que se proceda a realizar la construcción por parte del superficiario, podrá cultivarlo, gozarlo y disfrutarlo.<sup>95</sup>

Igualmente, y dentro del contenido de su derecho de propiedad sobre el suelo, la doctrina<sup>96</sup> considera que el concedente una vez pactado el derecho de superficie y antes de realizarse la construcción, puede ceder EL GOCE DEL SUELO A UN TERCERO, -por ejemplo, el uso, usufructo y arrendamiento- pudiendo subsistir con el derecho de superficie, (que no olvidemos también implica el goce del suelo), siempre que sean compatibles. En caso contrario, una vez que se inicie la construcción superficiaria, tales derechos quedarán resueltos. La argumentación que posibilita este derecho, no sólo está en la facultad dispositiva del derecho de propiedad sino también en la falta de diferenciación en que el suelo sea gozado por el concedente o por un tercero, siempre con la limitación de que no se lesione el derecho del superficiario. Por mi parte, no estoy conforme ni con la posibilidad de que el dominus soli siga gozando del suelo, ni que transmita su goce a un tercero, pues desde el mismo momento en que se constituye el derecho de superficie, el superficiario tiene el goce del suelo y todo lo que se cultive en él es de propiedad del superficiario, debido a la derogación expresa del principio de accesión.<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> Guilarte: El derecho de superficie...Cit. Pag. 270. Recoge en este sentido la opinión de la doctrina italiana.

<sup>96</sup> Principalmente, Guilarte: El derecho de superficie... Cit. Pag. 270

<sup>97</sup> De seguir las tesis de la doctrina señalada, la situación del cedente sería muy abstracta, pues tendría un derecho de propiedad sobre el que se ha constituido un derecho



El concedente como propietario del suelo, al igual que puede disponer libremente del suelo, enajenándolo, puede gravarlo. De esta forma podrá hipotecar el suelo. Si la hipoteca es anterior al derecho de superficie, no hay problema alguno, pues únicamente se hipotecará la finca, (en tal supuesto es necesario hacer constar si se grava el ius aedificandi también -lo que estudiaremos al final de este Capítulo). En el caso de que constituya el concedente la hipoteca con posterioridad al nacimiento del derecho de superficie, la hipoteca únicamente deberá gravar el suelo, es decir, no se extenderá a la construcción superficiaria. Y ello porque tal edificio no es propiedad del concedente sino de otra persona: el superficiario.<sup>98</sup>

En cuanto los derechos del concedente sobre la CONSTRUCCION han sido

---

de superficie, y además, sobre su derecho de propiedad del suelo convergerán el goce del superficiario y si es compatible, el goce del tercero.

La doctrina italiana, analiza si podría el concedente, una vez pactado el derecho de superficie, ceder su dominio sobre el suelo en enfiteusis. Pugliese (Superficie...Cit. Pag. 596 y ss), ha señalado la imposibilidad de tal supuesto, en base a que el Codice Civile establece que la enfiteusis no puede ser constituida por una duración inferior a veinte años, y la construcción del superficiario debe iniciarse antes de ese periodo de tiempo, extinguiéndose en cambio el derecho a construir si no se ha ejercitado por veinte años.

La cuestión en principio y en nuestra opinión parece muy dudosa. De permitirse, la situación que se crearía sería que el dueño del suelo sobre el que existe un derecho de superficie (derecho de propiedad de la superficie con goce del suelo), divide su dominio de forma que él se convierte en dueño directo del suelo, mientras que el enfiteuta, convertido en dueño útil del suelo y conocedor de la existencia del derecho de superficie, puede gozar únicamente del subsuelo como tal, pero no del suelo pues es el superficiario el que goza del mismo, tal y como hemos señalado con anterioridad. El derecho de superficie estaría vacío de contenido o sin objeto. Parece más un problema de laboratorio que no se daría en la práctica, por que tal vez su utilidad es nula.

<sup>98</sup> De la descripción que realiza el art. 110-1º L.H., se deduce que no están afectadas por la hipoteca las mejoras que consistan en la construcción de edificios donde antes no los hubiere, y mucho menos si no fuere propiedad del dueño del suelo. Ocurre lo mismo que con los derechos de sobre y subedificación, las nuevas plantas que se realicen (tanto elevándolas, como profundizándolas) por un tercero, no estarán afectadas por la hipoteca constituida por el dueño del edificio.

estudiados por Roca Sastre,<sup>99</sup> quien señala siguiendo el criterio marcado por nuestra legislación urbanística, los referentes a "las circunstancias de la construcción, mejoras, destino, uso y conservación de la edificación". En primer lugar, y con carácter general para todo tipo de construcción, debe edificarse en el plazo pactado por la licencia urbanística.<sup>100</sup> Igualmente debe llevarse a cabo según el modo y las características generales determinadas en el acto constitutivo del derecho de superficie. El concedente tiene derecho, en la modalidad urbanística, y puede exigir que se le dé a lo edificado, el destino pactado (art. 16-1º c) R.H.).<sup>101</sup> Sin embargo, en la modalidad urbana la situación es diferente, consideramos que no constituye un derecho del concedente, puesto que hemos partido de la derogación de las reglas de la accesión, y el superficiario, como propietario de la edificación, puede realizarla como guste, salvo pacto contrario.

---

<sup>99</sup> Roca Sastre: Ensayo sobre el derecho de superficie... Cit. Pag. 50.

<sup>100</sup> El incumplimiento de la obligación de edificar a la que nos referiremos más adelante, estaba en la LS de 1976 prevista y sancionada en el art. 173 -1º. Hoy, la nueva Ley del Suelo, señala en su artículo 289 párrafo 1º, que "el derecho de superficie se extinguirá si no se edifica en el plazo previsto, de conformidad con el art. 35.1 de esta Ley". Dicho artículo señala que en la misma licencia, y con carácter general para todo tipo de construcción, se fijarán los plazos de iniciación, interrupción máxima y finalización de las obras, de conformidad con la normativa aplicable. En caso de incumplimiento de los plazos previstos, se extinguirá el derecho a edificar.

<sup>101</sup> El art. 287-1º de la LS establece la obligación de que "las entidades locales y demás personas públicas" puedan constituir derechos de superficie sobre terrenos de su propiedad "con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social". Y el apartado 2º establece que "el mismo derecho asiste a los particulares sin la limitación de destino prevista en el apartado anterior".

¿Cuál es su significado? La Administración está obligada a que el derecho de superficie tenga un destino determinado. (Sin duda alguna amplio al establecerse la fórmula "otros usos de interés social"). Sin embargo, en el caso de los particulares no se encuentran vinculados por ese determinado destino, como bien establece la Ley, lo cual no puede confundirse con el destino que las partes hayan pactado en el título constitutivo del derecho. Si el derecho de superficie (o su objeto) es destinado por el superficiario a otro uso diferente del pactado, el concedente puede, sin duda alguna, extinguir el derecho de superficie, alegando como causa la resolución del título constitutivo por infracción de una de las obligaciones del superficiario.

Roca Sastre afirma que el derecho del concedente llega incluso a la inspección, control y verificación del uso y conservación de lo edificado. Evidentemente está pensando en la Administración como concedente del derecho -modalidad urbanística-. En relación con la modalidad urbana, creemos que tal potestad del concedente es excesiva, considerándose como una intromisión en una propiedad ajena, como lo es la superficiaria. Si la justificación de tal actuación se centrara en el derecho de reversión de la edificación a manos del concedente, lo mejor sería introducir una cláusula de conservación del edificio.<sup>102</sup>

Otra cuestión relacionada con el derecho del concedente sobre las construcciones, es si puede éste reservarse una utilidad sobre el espacio existente ENCIMA DE LA CONSTRUCCION. En nuestro ordenamiento jurídico sí es posible, y ello porque el espacio es susceptible de ser considerado como una cosa objeto de apropiación, dando origen al objeto del derecho de sobreedificación superficiaria.<sup>103</sup>

Por último, no hay que olvidar, el DERECHO A LA REVERSION de la propiedad

---

<sup>102</sup> Marty subraya este tema, señalando que aunque el derecho de superficie concede al superficiario un acceso a la propiedad del inmueble, no le confiere una libertad completa.

Dicho autor precisa que hay que matizar que en el derecho francés, las construcciones realizadas por el inquilino-superficiario sobre el suelo ajeno, aparecen como una inmixción dentro de las prerrogativas y deberes del arrendador. La ejecución de las obras están sometidas a la forma y al destino del lugar. Marty: *La dissociation juridique...* Cit. Pag. 259.

<sup>103</sup> Así, puede señalarse en el título constitutivo, que el espacio existente sobre la construcción pertenece al propietario del suelo -siempre que se ponga un límite de altura al derecho de construir-, debiendo permanecer vedada al superficiario la ocupación del espacio como una construcción perteneciente a otro.

Pero también recogemos la opinión de la doctrina italiana, por ser diferente a la nuestra, (Pugliese: *Superficie...* Cit. Pag. 598 y ss y Quaranta y Preden: *Superficie...* Cit. Pags. 20 y ss), ya que según ellos, después de la ejecución de la construcción, el dominus soli no conserva ningún poder de utilización del espacio superior, por ejemplo: para la utilización de un balcón de un edificio contiguo, o para hacer pasar cables o hilos de electricidad. Y ello porque se entendería lesionado el derecho del superficiario, ya que a juicio de Pugliese, no es posible que el espacio sea susceptible de apropiación.

superficiaria, tras cumplirse el plazo pactado de duración del derecho, el cual junto a los DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO, son derechos del concedente que serán tratados en el Capítulo Quinto de este trabajo.

### 3.- Derechos y obligaciones del superficiario

La situación jurídica del superficiario consiste, en términos generales, en el derecho de construir y de mantener la edificación sobre el fundo ajeno convirtiéndose a su vez en propietario de la misma, todo ello con eficacia erga omnes, enajenable e hipotecable.<sup>104</sup> Esta situación jurídica debe ser desarrollada para conocer con exactitud cuales son los derechos y deberes originarios de la figura en sí, y cuales pueden ser establecidos por voluntad de las partes.

Podemos clasificar los derechos del superficiario, de la siguiente forma:

- I- Derecho de goce del superficiario sobre el fundo ajeno, el cual implica tanto el derecho de construir la edificación, como el derecho de tener y mantener la misma.
- II- Derecho de propiedad de la construcción superficiaria.

El principal derecho es el de CONSTRUIR LA EDIFICACION sobre el fundo (suelo o inmueble) ajeno. Es la materialización del derecho de goce en suelo del concedente. Consiste en el ejercicio de un auténtico "ius aedificandi", no de una simple "facultas", derivado de la titularidad superficiaria que le legitima para el mismo.<sup>105</sup> Pero

---

<sup>104</sup> En idéntico sentido, el art. 251-3º del Code de la construction et de l'habitation, dispone claramente que " el arrendamiento para la construcción confiere al inquilino un derecho real inmobiliario."

<sup>105</sup> Miquel Calatayud (Consideraciones sobre el derecho de superficie edificativo en el ordenamiento jurídico español. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pag. 601) califica a este ius aedificandi de "carácter principal, preciso, concreto y predeterminado, ejercitable por su titular bien a su libre albedrío o por estar constreñido a ello".

adentrándonos en el estudio de ésta calificación del ius aedificandi, ¿cuál es la posición del superficiario? Una vez pactado el derecho de superficie, el titular está obligado a realizar la edificación si no quiere que su derecho se extinga, e incluso, como ya hemos hecho referencia con anterioridad, puede demoler las construcciones existentes en el terreno, para la realización del fin concreto del derecho de superficie.<sup>106</sup> De ahí que a las partes les interesen, e incluso la legislación urbanística señale expresamente, un plazo determinado para realizar la edificación (el cual estará fijado en cada caso en la licencia urbanística).<sup>107</sup>

Los problemas pueden surgir a la hora de materializar el goce del suelo por el superficiario, como por ejemplo, determinar cuál es el límite material del ejercicio del derecho de superficie. La doctrina italiana<sup>108</sup> señala que éste se encuentra en el suelo que

---

<sup>106</sup> Debemos entender como facultades integrantes del derecho de construir, la realización por sí y/o por medio del director o técnicos de la obra, de todos los actos encaminados a la realización de la construcción. Trabajos que pueden consistir en la colocación de andamios, excavación de los cimientos, depósito de materiales y herramientas... La edificación supone la exteriorización del derecho, implicando a su vez el uso y el goce del suelo del concedente.

<sup>107</sup> En el mismo sentido en el derecho francés y en concreto en el arrendamiento con facultad para construir, se establece que el compromiso esencial del inquilino es el de edificar las construcciones sobre el terreno.

Así, el art. 251-1º del Code de la construction et de l'habitation establece que "constituye un arrendamiento para construir, el arrendamiento por el cual el inquilino se compromete, a título principal, a edificar las construcciones sobre el terreno del inquilino y a conservarlas en buen estado de mantenimiento durante el arrendamiento".

Esta obligación es precisamente la característica por la cual se distingue el arrendamiento ordinario del arrendamiento con permiso para construir. Pues en éste, la construcción se permite por la introducción de una cláusula de carácter accesorio en el contrato, por la cual se autoriza a realizar construcciones. Igualmente se distingue del derecho de arrendamiento ordinario, en que en el arrendamiento para construir se impone como obligación principal, la de conservar en buen estado las construcciones existentes sobre el terreno, cuyo destino no será su demolición. Saint-Alary: Bail à construction... Cit. Pag. 2

<sup>108</sup> Pugliese (Superficie... Cit. Pag. 600) y Quaranta y Preden (Superficie... Cit. Pag. 49).

no está gravado. Cuestión que consideramos evidente, pero no debemos olvidar que si para el ejercicio de su derecho, el superficiario necesita la utilización de parte del suelo que pertenece al concedente, se puede constituir, por ejemplo, una servidumbre: paso de las personas o materiales necesarios para la construcción (en el caso que el suelo no tenga acceso a la vía pública pudiendo accederse a través del resto del suelo). Otro tema distinto es si el concedente debe obligarse a procurarle el paso al superficiario sobre el fundo de un tercero cuando él mismo no pueda obtenerlo. Considero que no es obligación del concedente del derecho de superficie y ello porque es el propio superficiario, como propietario,<sup>109</sup> el que está legitimado a solicitar a cualquier tercero la constitución coactiva de la servidumbre; y lo está, tanto si la edificación es preexistente como si está en construcción, porque es ahora el propietario de la superficie; pero también lo está si la construcción no existe aún, puesto que el poder de constituir servidumbres se otorga a los titulares de un derecho real.<sup>110</sup>

El fundamento de esta conclusión se encuentra en que para la realización de la facultad primordial del superficiario, de construir la edificación, y unida a la misma, existe la facultad de exigir tanto al concedente como a cualquier tercero no sólo la abstención de cualquier perturbación o acto que dificulte el desarrollo normal de la edificación, sino

---

<sup>109</sup> En base al art. 564 y ss. del C.C., se concede al propietario el derecho subjetivo que le faculta para reclamar la constitución de la servidumbre.

<sup>110</sup> En este punto el Código Civil portugués mantiene la solución contraria. Establece la posibilidad de constituir una servidumbre de paso sobre el predio del tercero, pero solamente si en la fecha de la constitución del derecho de superficie, ya estaba construido el edificio sobre el que el derecho de superficie recaía.

Art. 1529-2º C.C.: "A constituição coerciva da servidão de passagem sobre prédio de terceiro só é possível se, à data da constituição do direito de superfície, já era encravado o prédio sobre que este direito recai".

también la obtención del permiso necesario para la realización de la construcción.<sup>111</sup>

En nuestro ordenamiento, la Compilación de Navarra hace referencia a la constitución de servidumbres en su Ley 428. Así, el apartado 6 de dicha ley dispone que "(los derechos de superficie, sobreedificación y subedificación), pueden ser objeto de usufructo y otros derechos similares, pero no pueden gravarse con servidumbres sin el consentimiento del propietario.<sup>112</sup> En el caso de establecerse sin este consentimiento será aplicable lo que respecto a la comunidad dispone la ley 372". A continuación el apartado 7º señala que "el titular puede, por sí solo, constituir servidumbres a favor del inmueble a que tales derechos se refieren, y en ningún caso puede el propietario por sí solo extinguir las servidumbres en perjuicio de aquellos derechos". De esta forma, se reconoce la posibilidad de constituir por el superficiario servidumbres a su favor, como es lógico sin intromisión del concedente, pero no constituir las en su contra sin consentimiento de aquél, a quien en todo caso revertirá la construcción, si se constituye como propiedad temporal.

---

<sup>111</sup> Y no sólo la licencia para la edificación, sino cuantas sean necesarias para hacer posible el contenido de su derecho. Así lo ha señalado la STS de 4 de febrero de 1993 (Rep. Aran. 782) que afirma que "las obras que requiera el mantenimiento de ese uso deberán ser otorgadas por la Administración... sin que dimane ninguna restricción en orden al mismo, pero sí a las obras que no sean las de conservación y las pequeñas de ornato e higiene; careciendo de fundamento la denegación de la licencia de apertura de un quiosco por razones relativas a un derecho de superficie, así como la derivada de su estado ruinoso por no efectuarse unas obras solicitadas por la recurrente, a la que no pudo imponerse el derribo del quiosco por traer causa de actos nulos carentes de eficacia..."

En este supuesto el Ayuntamiento de Málaga había concedido el derecho de superficie para la edificación y mantenimiento de un quiosco-bar. Años más tarde, como si se tratase de una concesión administrativa, el Ayuntamiento extingue unilateralmente el derecho y derriba el edificio por no cumplir las condiciones higiénico-sanitarias obligatorias, y ello porque con carácter previo no había otorgado ni la licencia de obras de reparación necesarias para la puesta en funcionamiento del negocio, ni la consiguiente licencia de apertura, procediendo a efectuar el desahucio del superficiario.

<sup>112</sup> Aunque la Compilación de Navarra, considera al superficiario, propietario temporal de la construcción, tal y como se desprende de la Ley 430, denomina propietario al concedente, dejando el término titular para aludir al superficiario.

En los preceptos que regulan el arrendamiento con facultad para construir del derecho francés, la constitución de servidumbres por el arrendatario-superficiario se hace en términos generales. Así, se establece que a los efectos de realización de la construcción puede constituir las servidumbres que graven al fundo arrendado, lo cual resulta de la combinación de los artículos 251-3º párrafo 4º<sup>113</sup> y 251-6º párrafo 1º.<sup>114</sup> En base a tales preceptos hay que distinguir según sean, o no, indispensables para la realización de las construcciones previstas en el arrendamiento.

Si son indispensables (aquellas en las que el permiso de construir está subordinado a la creación de una servidumbre común, o aquella servidumbre establecida a la vez sobre el terreno del constructor y sobre un terreno vecino) no pueden negarse su constitución. Con carácter general hay que señalar que todas las servidumbres de vecindad que gravan el fundo arrendado y que son necesarias para la realización del proyecto de construcción, están permitidas y sobrevivirán a la expiración del arrendamiento. Por el contrario, si no son indispensables, no solamente no estarán permitidas, sino que también se extinguirán al finalizar el arrendamiento (art. 251-6º párrafo 1º).

En el derecho portugués, se establece que la constitución del derecho de superficie supone la constitución de las servidumbres necesarias para el uso o disfrute de la obra.<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> Art. 251-3º-4 Code de la construction et de l'habitation: "Le preneur peut consentir les servitudes passives indispensables à la réalisation des constructions prévues au bail".

<sup>114</sup> Art. 251-6º-1 Code de la construction et de l'habitation: "Las servitudes passives, autres que celles mentionnées au quatrième alinéa de l'article L.251-3, privilèges au autres charges nées du chef du preneur et, notamment, les baux et titres d'occupation de toute nature portant sur les constructions, s'éteignent à l'expiration du bail".

<sup>115</sup> Art. 1529 C.C.: "Servidoes:

A constituição do direito de superfície importa a constituição das servidoes necessárias ao uso e fruição da obra ou das árvores; se no título não forem designados o local e as demais condições de exercício das servidoes, serão fixados, na falta de acordo, pelo tribunal".



Igualmente se estipula que si en el título constitutivo no se estableciesen las condiciones para el ejercicio de las servidumbres éstas se fijarán, a falta de acuerdo, por el Tribunal.<sup>116</sup>

Otra cuestión práctica consiste en determinar si el superficiario antes de construir puede solicitar el derecho de medianería, al objeto de facilitar la construcción. Roca Sastre,<sup>117</sup> señala que el superficiario puede hacerlo cuando así lo conviniese con el dueño del fundo vecino, y ello porque el superficiario es en este sentido "como si fuera el propietario del suelo". Razones que compartimos.<sup>118</sup>

En la doctrina italiana el tema ha sido estudiado por Pugliese.<sup>119</sup> Dicho autor señala que adoptando un punto de vista excesivamente formalista, se prefiere la solución negativa, pero si se piensa en la posición del superficiario respecto a la posición del propietario del suelo, y, si se considera la ratio de la "comunidad forzosa del muro", se llega fácilmente a la conclusión de que la letra del art. 874 debe ser interpretada de forma extensiva.<sup>120</sup>

---

<sup>116</sup> No obstante, frente a esta disposición de carácter general, se encuentra la limitación, comentada ya con anterioridad, de posibilitar únicamente la constitución obligatoria de la servidumbre de paso cuando el edificio sobre el que recaé el derecho de superficie ya estaba construido. (Artigo 1529-2º).

<sup>117</sup> Roca Sastre: Ensayo sobre el derecho de superficie... Cit. Pag. 54 nota a pie de página nº 54.

<sup>118</sup> No obstante, aunque la medianería en nuestro Código Civil (art 571 y ss) no es forzosa, no se opone a que lo sea pudiendo pactarse.

<sup>119</sup> Pugliese: Superficie...Cit. Pag. 602.

<sup>120</sup> Pugliese llega a estas conclusiones, basándose principalmente en el sentido del art. 874 del Codice Civile que atribuye, sin ningún género de dudas, el derecho de medianería únicamente al propietario del suelo, y por otro lado, en que la comunión de muro medianero debe ser solicitada para toda la extensión de la propiedad contigua. Aquí es donde surge el principal escollo: el derecho del superficiario puede no coincidir en toda su extensión con la propiedad del concedente. Sin embargo, hay que tener en cuenta que si el superficiario pasa a disfrutar de todos los derechos del propietario del suelo,

En el derecho francés, se llega a la misma solución en base a que la finalidad del arrendamiento es la construcción. Así, el arrendador podrá consentir las servidumbres pasivas indispensables para la realización de las construcciones previstas en el arrendamiento (art.251- 3º párrafo 4º), lo que parece referirse a los convenios con los constructores contiguos o a las servidumbres de patio común.<sup>121</sup>

Teniendo en cuenta que el goce del superficiario se centra en la parte de terreno necesario para realizar la edificación, debemos preguntarnos ¿qué ocurre con aquella parte de terreno que, concedida en derecho de superficie, no es usada a los fines edificatorios? Entiendo que si se encuentra comprendida en el título constitutivo, como objeto del derecho de superficie, puede calificarse como terreno accesorio a la propiedad superficiaria. Somos partidarios de su consideración como derecho de superficie con fines accesorios, aunque se podría plantear su imposibilidad en base a que el contenido fundamental de dicho derecho es el de construir, señalándose que podían tomar la configuración de mera servidumbre a favor de la construcción. Sin embargo no hay que olvidar que el objeto del derecho es también el mantenimiento de la construcción superficiaria, lo que significa que puede haberse establecido un tipo de construcción donde se prevea expresamente la instalación de algunos accesorios que no tienen por qué ser considerados como secundarios frente al edificio.<sup>122</sup> Consideramos, por consiguiente, que el goce de estos terrenos

---

también se extenderá a lo que guarda relación con el derecho de medianería. Y por otro lado, una vez realizada la construcción aunque sea de un sólo piso, el superficiario, gracias a la propiedad así adquirida, reúne los requisitos para solicitar la medianería superior restante. Lo que a su juicio podría suplir la falta de legitimación originaria.

<sup>121</sup> Marty: El derecho de superficie en relación... Cit. Pag. 45.

<sup>122</sup> Por ejemplo, derecho de superficie del parque acuático sito en Villanueva de la Cañada, que comporta la cesión del suelo en derecho de superficie para la construcción de las edificaciones e instalaciones y siguientes servicios:

Edificios: Oficinas y taquillas, vestuarios públicos, enfermería y vestuarios de personal,

accesorios forma parte del contenido posible del derecho de superficie.<sup>123</sup>

A la misma solución se llega en el derecho portugués, donde se admite expresamente en el art. 1525-1º del Código Civil, que el derecho de superficie puede extender su objeto no solamente a la construcción sino también a aquella parte del suelo no necesaria para la implantación de la construcción pero necesaria para el uso de la obra.<sup>124</sup>

Conectado con el derecho de goce del suelo ajeno del superficiario sobre la construcción, hay dos puntos importantes que a continuación vamos a estudiar:

- el derecho de reconstrucción.
- y el derecho del superficiario a sobreedificar sobre lo ya edificado.

Acerca del derecho de RECONSTRUCCION, en caso de perecimiento de la construcción antes del transcurso del plazo pactado, es evidente que el superficiario conserva su derecho de superficie, y por consiguiente, el derecho de edificar, lo que

---

guardarropa público y tiendas, almacén, kiosco-bar, juegos recreativos, kiosco de helados, kiosco-barbacoa, cafetería, self-service y kiosco de zumos.

Atracciones acuáticas: Kami-kace, piscina infantil, montaña de pista libre y río rápido, montaña de pistas blandas, torres y plataformas de toboganes, lago de atracciones, lago de baño, piscinas de olas y surf, y río lento.

Otras zonas: Caseta de seccionamiento, centro de transformación, zonas de playas y zonas ajardinadas y de pic-nic.

<sup>123</sup> Este derecho de goce del superficiario sobre el suelo ajeno, no significa la prohibición al concedente de la realización de actos de disfrute sobre el suelo de su propiedad. De esta forma, el concedente gozará de las accesiones naturales que se produzcan en el fundo, que no se refieran a la construcción que realiza el superficiario.

Punto sobre el que creo no debe haber ninguna duda ya que el concedente continúa siendo dueño del suelo, pues únicamente renuncia a la accesión respecto de la superficie, y en favor de la edificación proyectada, llevada a cabo por el superficiario.

<sup>124</sup> Art. 1525-1º Código Civil portugués. "Objecto: Tendo por objecto a contrução de uma obra, o direito de superfície pode abranger uma parte do solo nao necessária à sua implantação, desde que ela, tenha utilidade para o uso da obra".

posibilita sin duda alguna su facultad de volver a efectuarla.<sup>125</sup> Aunque no debemos olvidar la posibilidad de realizar pactos en contra en el título constitutivo.<sup>126</sup>

En esta misma línea, la Compilación Navarra, en su ley 433, recoge expresamente que "si la edificación pereciere, no se extinguirá el derecho de superficie y el superficiario podrá proceder a la reconstrucción".

Criterio distinto es el del Derecho francés donde se establece como obligación del arrendatario la de construir pero no la de reconstruir.<sup>127</sup> El superficiario está obligado a conservar las construcciones en buen estado y a hacer todas las reparaciones de cualquier naturaleza que le afecten, no estando, sin embargo, obligado a reconstruir los edificios que hayan sido destruidos por caso fortuito o fuerza mayor. Lo que, a mi juicio, significa que puede o no hacerlo, pero que la Ley expresamente no le obliga, ni por consiguiente, el arrendador tiene obligación de imponérselo.

¿Cuál sería la situación resultante si no se reconstruye o al menos no se hace en un plazo prudencial de tiempo? Entiendo que se extinguiría el derecho, puesto que el superficiario

---

<sup>125</sup> Si hemos señalado que el superficiario puede ejercer sobre las construcciones y obras objeto de su derecho de superficie, todas las prerrogativas inherentes a la propiedad, siempre que no lesione o dañe el suelo, es lógico que sea libre, en la modalidad urbana, para construir nuevos edificios, o para demoler los ya existentes, desde el momento de constitución de su derecho.

<sup>126</sup> Ejemplo de ello puede ser el establecimiento de una condición resolutoria, en el sentido de que con el perecimiento de la edificación debiera extinguirse el mismo derecho de superficie.

<sup>127</sup> Art. 251-1 Code de la construction:

"Constitue un bail à construction le bail par lequel le preneur s'engage, à titre principal, à édifier des constructions sur le terrain du bailleur et à les conserver en bon état d'entretien pendant toute la durée du bail".

Y art. 251-4 párrafo 2º: "Il est tenu du maintien des constructions en bon état d'entretein et des réparations de toute nature. Il n'est pas obligé de reconstruire les bâtiments s'ils ont péri par cas fortuit ou force majeure ou, s'agissant des bâtiments existant au moment de la passation du bail, par un vice de construction antérieur audit bail. Il répond de l'incendie des bâtiments existants et de ceux qu'il a édifiés."

no desea construir otra vez y por tanto renuncia a su derecho; recobrándolo plena vigencia el principio de accesión.

En cuanto al derecho de SOBREDIFICAR sobre lo ya edificado, considero que el superficiario está facultado para hacerlo pero con algunas salvedades. En primer lugar hay que tener en cuenta tanto las limitaciones pactadas por las partes, como las limitaciones urbanísticas referentes a las alturas de la edificación. De modo que, si se pacta la condición de edificar hasta una determinada altura y el superficiario no ha agotado su derecho, puede posteriormente tanto edificar él mismo hasta el tope máximo, o incluso enajenar este derecho de sobreedificación a un tercero hasta la altura determinada. (Todo ello en base a su facultad dispositiva).<sup>128</sup> Evidentemente, de lo que no hay duda, es que el concedente no podrá sobreedificar, hasta la altura pactada, pues ya ha enajenado o se ha desprendido de esa facultad, salvo pacto en contrario. Sin embargo, también es posible que el concedente se haya reservado su derecho de sobreedificación por encima de la altura pactada con el superficiario, pero que es inferior del límite urbanístico establecido, tanto para su construcción directa, como para su enajenación a un tercero.<sup>129</sup>

En segundo lugar, habrá que tener en cuenta el nuevo plazo legal contenido en la licencia urbanística para iniciar la edificación.

Todo lo expuesto hasta aquí es aplicable al derecho de SUBEDIFICACION SUPERFICIARIA. Al igual que lo señalado anteriormente deberá ser pactado expresamen-

---

<sup>128</sup> Derecho del superficiario que por su especial trascendencia será tratado con posterioridad en el Cap. V.

<sup>129</sup> En el derecho francés, Saint-Alary (Bail à construction... Cit. Pag. 4) se cuestiona si es posible la sobreedificación a través del arrendamiento con facultad para construir. El argumento que mantiene es que la sobreedificación constituye la edificación de una construcción nueva pero que se realizará sobre un terreno ya ocupado por un edificio preexistente, sobre el cual el arrendador conferiría un derecho real inmobiliario. La solución a la que llega es que no parece que sea imposible pero si poco práctico.

te, así como las limitaciones de profundidad, ya que puede producirse unos riesgos para la edificación.<sup>130</sup>

En cuanto al segundo derecho del superficiario, pero no por ello menos importante, se encuentra el DE TENER Y MANTENER en el fundo (terreno o inmueble ajeno) la propiedad superficiaria. Esto significa que el superficiario es propietario de su construcción, aunque de un tipo especial de propiedad no dotada de un carácter absoluto, posee los derechos inherentes a todo propietario pero con las salvedades de las características de su propiedad. De esta forma, es necesario señalar, por lo que respecta al nacimiento de la propiedad superficiaria, que el superficiario va adquiriendo la propiedad de lo construido, así como el goce del suelo sobre la que esta recaé, a medida que la edificación avanza. No es necesario esperar a la conclusión final de la obra, para que opere la adquisición del mismo. Aunque esta puntualización parece obvia, pues ya hemos recalcado que el superficiario desde el mismo momento de constitución del derecho de superficie se convierte en el propietario de la futura construcción,<sup>131</sup> es necesario hacerla constar para la determinación de los riesgos de lo edificado en la fase constructiva, o para saber quien está legitimado para efectuar actos dispositivos sobre el edificio en construcción.

Conectado con el derecho de propiedad del superficiario, se encuentra la

---

<sup>130</sup> También se cuestiona en términos similares Saint-Alary, si es posible encuadrar dentro del arrendamiento con facultad para construir la realización de obras subterráneas (aparcamientos, galerías comerciales...). Señala que aunque el legislador únicamente haya mencionado en la definición de la figura, "la obligación del inquilino de construir sobre el suelo del arrendador", no significa que se haya excluido la posibilidad de construir "dentro del suelo", sino que el legislador únicamente no lo tuvo en cuenta.

<sup>131</sup> Ante las posibles cuestiones acerca de cómo se construye esta propiedad de edificio futuro, entiendo que en base al derecho de superficie, el cual tiene como objeto la futura propiedad superficiaria, sustentándola cuando ésta se lleva a cabo.

FACULTAD DISPOSITIVA del mismo,<sup>132</sup> que supone la posibilidad jurídica que tiene el titular de realizar actos que afecten radicalmente a la sustancia o a la subsistencia de su derecho, o el DERECHO DE PREFERENCIA A LA RENOVACION y el DERECHO A LA INDEMNIZACION tras la reversión, que serán tratados en profundidad al final de éste trabajo.

En último lugar cabe señalar que al tener el superficiario un derecho de propiedad sobre la construcción, éste ostenta la facultad de exclusión que lleva aparejado todo titular. Facultad que permite al titular prevenir, impedir o poner remedio a las intromisiones o perturbaciones causadas por personas extrañas en su goce, utilización o directa satisfacción de su interés.<sup>133</sup> Igualmente, al ser el derecho de superficie un derecho real, el superficiario posee la facultad de persecución, lo cual significa que puede reclamar que su derecho sea reconocido mediante una acción declarativa frente a cualquiera que la desconozca.<sup>134</sup>

En cuanto a las **obligaciones** del superficiario hay que señalar que su derecho no

---

<sup>132</sup> Como ya hemos señalado :

- Puede constituir las servidumbres que precise para realizar la construcción.
- Derecho de demoler las construcciones existentes.
- Derecho de ceder la propiedad superficiaria o de aportarla en sociedad. Puede ceder todo o parte de su derecho en sociedad.
- O también constituir gravámenes sobre su propiedad (hipoteca).

<sup>133</sup> Con carácter general, y sin adentrarnos en un estudio pormenorizado, podemos señalar que tal facultad tiene dos aspectos: uno preventivo: al comportar el derecho de superficie la posesión del superficiario sobre la construcción por él realizada, poseyendo la acción de mantenimiento en la posesión o el interdicto de retener. Y otro aspecto, es la finalidad represiva, es decir, aquellas medidas que ponen fin a la perturbación o lesión que se haya consumado ya. La acción que posee es la de reipersecutoriedad, consistente en el poder de reclamar la restitución de su propiedad, frente a quien indebidamente la posea.

<sup>134</sup> El superficiario como propietario que es, puede ejercitar todas las acciones protectoras propias del derecho de propiedad como son la acción reivindicatoria (a través de la cual se restituye la cosa por quien la posee indebidamente) y la acción negatoria (a través de la cual el propietario -en nuestro caso propietario superficiario- alega estar libre del gravamen que niega).

puede resultar en modo alguno ilimitado. Consisten sus límites, en los generales de todo derecho subjetivo,<sup>135</sup> y, en los propios institucionales y genéricos de los derechos subjetivos, según su naturaleza y su función económica.<sup>136</sup>

Por otro lado, las obligaciones propias del superficiario consisten, en primer lugar, en la utilización del suelo y de la construcción de acuerdo con los fines pactados.<sup>137</sup> Así, es de suma importancia destacar el deber de abstenerse de deteriorar la construcción realizada.

También deberá hacerse constar claramente en el título constitutivo la determinación de la obligación de pago, por parte del superficiario, de las contribuciones e impuestos relativos a la construcción de los que deberá hacerse cargo,<sup>138</sup> salvo que las partes pacten otra cosa. En este punto la Compilación de Navarra es muy clara pues en su Ley 431, establece que "salvo pacto en contrario, el superficiario, desde que inicie la construcción, pagará todos los impuestos, contribuciones y cargas por razón del inmueble. En caso de pluralidad de construcciones, cada titular pagará, íntegra y exclusivamente, las que correspondan a

---

<sup>135</sup> Así deberá ser ejercitado de acuerdo con las exigencias de la buena fe, y prohibiéndose todo ejercicio abusivo o antisocial del mismo. (Art. 7 C.C.)

<sup>136</sup> La STS de 10 de abril de 1990 (Rep. Aran. 3590), afirma que "el derecho de superficie es el derecho de construir sobre fundo ajeno; que según la Exposición de Motivos de la Ley del Suelo la aptitud para edificar la da el Plan, pero el derecho se condiciona con todas sus consecuencias al efectivo cumplimiento de las obligaciones y cargas que se imponen al propietario dentro de los plazos previstos en el propio Plan; con lo que resulta que el titular del derecho a edificar tiene que cumplir unas determinadas obligaciones y cargas para poder realizar su derecho..."

<sup>137</sup> En la regulación de la figura en el derecho portugués, la Ley nº 2030 de 6 de junio de 1948, establece en su artículo 23 -1º, el deber del superficiario de conservar el edificio como lo haría un propietario prudente.

<sup>138</sup> Como ya hemos señalado por ejemplo el pago del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, recogido en la Ley 39/88 de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales. Art. 61 y 62.



la suya".<sup>139</sup>

En el mismo sentido en el derecho francés, y siguiendo los términos del art. 251-4º párrafo 1º,<sup>140</sup> el inquilino debe correr con todos las cargas, tasas e impuestos relativos tanto a las construcciones como al terreno. Esta obligación lleva consigo el abono de la contribución territorial, la cual existe durante toda la vida del arrendamiento, pero al no ser la disposición legal de "orden público", las partes pueden pactar otra cosa.

Por último, no debemos olvidar su obligación de cumplir las demás obligaciones que forman parte del contenido del título constitutivo, y del pago del canon.<sup>141</sup>

---

<sup>139</sup> Las STS de 5 de diciembre de 1989 (Rep. Aran. 9105), la de 24 de enero de 1990 (Rep. Aran. 349) y la de 10 de abril de 1990 (Rep. Aran. 3590), afirman que "el titular del derecho a edificar tiene que cumplir unas determinadas obligaciones y cargas para poder realizar su derecho. Entre dichas cargas figura, según determina el art. 83 L.S., la de costear la urbanización. Como en el presente caso el recurrente, junto con otros dos, era titular del derecho a edificar sobre el solar en cuestión, le correspondería hacer frente a los expresados gastos de urbanización, sin perjuicio de los pactos existentes entre los indicados titulares del derecho de superficie y el propietario del solar."

<sup>140</sup> Art. 251-4º párrafo 1º Code de la construction:  
"Le preneur est tenu de toutes les charges, taxes et impôts relatifs tant aux constructions qu'au terrain".

<sup>141</sup> La ley no prevé una obligación del superficiario de pagar un canon anual o una suma determinada. Como ya veremos al final del presente trabajo, esta obligación podrá ser establecida en el título, en relación con la causa por la cual se constituye el derecho, fijándose en el título mismo su entidad y caracteres.

En el Código Civil portugués, se recoge dentro del Capítulo III, que dedica a la institución superficiaria, como primera obligación del superficiario, la del pago del precio o contraprestación, que puede ser única o anual, perpetua o temporal y que siempre deberá ser en dinero. En caso de mora, el propietario del suelo tendrá derecho a exigir el triple de la prestación convenida. (arts. 1530 y 1531 C.C)

#### **IV.- EXTINCIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE**

##### **1.- Introducción.**

El fin principal de toda relación jurídico-real, consiste en que el derecho realice plenamente su función económica, desapareciendo aquella cuando el titular no pueda desarrollar la función prevista. En el derecho de superficie, la función económica es la construcción y el mantenimiento de la edificación en suelo ajeno, por un tiempo determinado o indefinido, y una vez transcurrido el derecho se extingue.

En el estudio de su extinción debemos diferenciar entre las causas de extinción y los efectos que producen.

Dentro de las primeras, hemos distinguido las específicas del derecho de superficie, que se reducen al transcurso del plazo por el que fue constituido y la resolución del título constitutivo; y las causas genéricas cuya existencia supone la extinción de cualquier derecho real en cosa ajena, refiriéndonos únicamente a los aspectos más importantes que se adoptan en relación con la figura objeto de estudio. En cuanto a los efectos que produce la extinción, hay que distinguir tres ámbitos: en relación con los sujetos (concedente y superficiario); con el objeto (suelo y propiedad superficiaria) y con los derechos de los terceros.

##### **2.- Causas de extinción**

Consideramos que son los acontecimientos, surgidos con posterioridad a la constitución de la relación jurídica superficiaria, de naturaleza extrínseca a la misma, y que de acuerdo a la voluntad expresa o presunta del concedente o del superficiario, dan fin a la relación.<sup>142</sup>

---

<sup>142</sup> Díez Picazo: Fundamentos de Derecho civil patrimonial. Vol II. Las relaciones jurídico reales. El registro de la Propiedad La posesión. Tecnos. Madrid. 1986. Pag. 742.

Existen diferentes clasificaciones, realizadas por la doctrina, de los modos de extinción de la relación superficiaria. A mi modo de ver la que en un principio, tras la regulación urbanística de 1956, podría parecer más exacta y completa fue la realizada por Roca Sastre,<sup>143</sup> que es también la que posteriormente sigue De los Mozos.<sup>144</sup> Dicha clasificación es la siguiente: extinción por el transcurso del tiempo de duración fijado, por infracción de la obligación de tener concluida la edificación dentro del plazo pactado, por abandono del superficiario, por mutuo disenso, por expropiación forzosa, por confusión, y por perecimiento de la construcción.

Sin embargo hoy, tras la reforma de la Ley del Suelo de 1976 y la actual de 1992, considero que la sistematización más oportuna, consiste en la ordenación en tres grupos de las causas extintivas. En esta clasificación, incluimos dentro de los dos primeros grupos, las causas directamente establecidas por la Ley urbanística, mientras que en el tercer grupo recogemos aquellas que aún no conteniéndose en la misma, son susceptibles de aplicación analógica al derecho de superficie por estar encuadradas dentro de la categoría general de los derechos reales.

De esta forma, vamos a estudiar dentro del primer grupo: el transcurso del plazo para el que fue constituido el derecho. En el segundo grupo: la resolución del título constitutivo, tanto por la infracción de las obligaciones del superficiario relativas al plazo, como las relativas al modo de realización de la construcción. Y en último lugar, dentro del grupo de causas no previstas en la ley, nos detendremos en la pérdida de la cosa y destrucción de la construcción, la consolidación o confusión de derechos, la renuncia, y, muy brevemente trataremos la expropiación forzosa, la condición resolutoria y la prescripción

---

<sup>143</sup> Roca Sastre: Ensayo sobre el derecho de superficie... Cit. Pags. 57 y ss.

<sup>144</sup> De los Mozos: El derecho de superficie... Cit. Pags. 338 y ss

extintiva.

A.- Transcurso del plazo para el que fue constituido <sup>145</sup>

Una de las características fundamentales del derecho de superficie es la posibilidad de pactar un plazo, ya sea temporal o con carácter indefinido.<sup>146</sup> Así la propiedad superficiaria puede consistir en la propiedad temporal de una edificación que recaé sobre un fundo ajeno.<sup>147</sup>

En nuestro Derecho el legislador urbanista ha insistido siempre en la importancia del plazo de duración de la propiedad superficiaria estableciéndolo expresamente en las

---

<sup>145</sup> En este punto sólo vamos a estudiar las cuestiones relativas al transcurso del plazo de duración como causa extintiva del derecho. Todos los demás problemas serán tratados al final del trabajo "temporalidad del derecho de superficie".

<sup>146</sup> Frente a la concepción que del mismo existe en el Derecho francés donde, en palabras de Saint-Alary (Superficie... Cit. Pag. 3) "siendo un derecho de propiedad, el derecho de superficie es, por su naturaleza, un derecho perpetuo."

Sin embargo, este principio sufre dos excepciones resultantes del modo de constitución del derecho de superficie. Se recordará como al tratar la naturaleza de esta Institución en el ordenamiento jurídico francés, señalábamos que no estaba expresamente regulada dicha figura en su Código Civil. Sin embargo, la práctica y la tradición habían hecho que se la considerara incluida. En principio, el modo de constitución de esta figura había sido la venta. En la actualidad, el derecho de superficie se establece como forma más corriente a través del arrendamiento con facultad para construir o por concesión. Pues bien, estas dos últimas formas de constitución del derecho son necesariamente temporales, extinguiéndose el derecho de superficie por el transcurso del plazo para el que fue pactado, tanto en el arrendamiento como en la concesión.

No hay que olvidar tampoco que en el Derecho italiano, el derecho de superficie puede constituirse tanto de forma perpetua como por un periodo temporal, como señala su Código de 1942, aunque en el ámbito urbanístico -tanto para viviendas populares, como en la creación de aparcamientos subterráneos- su periodo de constitución es temporal.

En el ordenamiento portugués ocurre lo mismo, el Código Civil de 1966 establece su duración temporal, y en las leyes urbanísticas, se imponen periodos de duración del derecho.

<sup>147</sup> La STS de 28 de abril de 1992 (Rep. Aranz 4114), afirma que el derecho de superficie, aparte de por otras causas, se pudo haber extinguido si el superficiario no hubiera construido en el plazo convenido, pero al no darse ésta ni otra causa de extinción, el derecho de superficie se extinguirá por el transcurso del plazo pactado (que en este caso es de cincuenta años) en cuyo momento el Ayuntamiento de Sant Andreu de la Barca hará suya la propiedad de lo edificado".

distintas leyes urbanísticas.<sup>148</sup> El carácter temporal del derecho de superficie, significa que una vez transcurrido el derecho queda ipso iure extinguido, no siendo necesaria declaración de voluntad alguna.<sup>149</sup> Se trata según la expresión de Roca,<sup>150</sup> del supuesto clásico de extinción del derecho de superficie por caducidad, es decir, por agotamiento del tiempo de vida que se le señaló al ser constituido, dentro del tiempo máximo determinado por la ley.

¿Cuáles son los efectos<sup>151</sup> que se producen tras el transcurso del plazo para el que se pactó el derecho? En principio baste señalar que si la construcción no se ha realizado, supuesto que en nuestro derecho es difícil que se dé -pues como veremos se pacta un plazo mínimo establecido en la propia licencia urbanística-, el concedente del derecho, recobra su antigua libertad, pudiendo construir él u otorgando la facultad a otra persona. Y en el supuesto contrario, si existe ya la edificación se producirá la reversión de la misma a

---

<sup>148</sup> Así la primera Ley de 1956, recogía en el apartado 1º del art. 161 que: "el derecho de superficie se extinguirá por el transcurso del plazo que se hubiere determinado al constituirlo, que no podrá exceder de cincuenta años en el concedido por el Estado y demás personas públicas". Igualmente el Reglamento Hipotecario, en su apartado 1 del Art. 16 letra A) señala que: "el plazo de duración del derecho de superficie no excederá de cincuenta años".

Posteriormente la Ley del Suelo de 1975, en su art. 173 apartado 1º señalaba que: "el derecho de superficie no podrá exceder de setenta y cinco años en el concedido por el Estado y demás personas públicas, ni de noventa y nueve en el convenido entre particulares".

Plazos que no han variado en la actual ley de 1992, y que se recogen en el art. 289 apartado 2º.

<sup>149</sup> Así lo establece claramente la regulación italiana en el art. 954- 1º Codice Civile: "La extinción del derecho de superficie por transcurso del tiempo..."

<sup>150</sup> Roca Sastre: Ensayo sobre el derecho de superficie... Cit. Pag. 58.

<sup>151</sup> Aunque los efectos generales de la extinción del derecho de superficie, tanto entre las partes como respecto a terceros, van a ser estudiados en el último epígrafe de este Capítulo, hemos preferido apuntar muy brevemente los efectos específicos de cada causa extintiva.

manos del dominus soli. El superficiario deja de ser propietario y no tiene derecho de goce sobre el suelo.

En cuanto a los derechos de los terceros entendemos que desaparecerán, pues no es posible que el superficiario constituya derechos por un tiempo superior a la duración de su derecho.<sup>152</sup>

#### B.- Resolución del título constitutivo

Dentro de este segundo grupo de causas extintivas vamos a hacer referencia al auténtico quebrantamiento del deber legal del superficiario, como es la resolución del título constitutivo al no construir el titular del derecho "en el plazo y modo señalado". Nos encontramos ante el incumplimiento de alguna de las obligaciones fundamentales del superficiario.<sup>153</sup>

En relación con el plazo, no debemos olvidar que la esencia del derecho, es la obligación del titular superficiario de construir en el plazo previsto. Plazo que, en el caso

---

<sup>152</sup> Los mismos razonamientos son los expresados en el arrendamiento con facultad para construir del derecho francés, donde el legislador ha querido que la propiedad de las construcciones, sea adquirida por el arrendador libre de cargas, gravámenes y derechos constituidos por el inquilino.

Art. 251-6 párrafo 1º Code de la construction: "Les servitudes passives, autres que celles mentionnées au quatrième alinéa de l'article L.251-3, privilèges, hypothèques ou autres charges nées du che du preneur et, notamment, les baux et titres d'occupation de toute nature portant sur les constructions, s'éteignent à l'expiration du bail".

También en el derecho portugués, se establece la extinción de los derechos de goce o de garantía constituidos por el superficiario en beneficio de terceros.

Art. 1539-1 Código Civil portugués: "Extinção de direitos reais constituídos sobre o direito de superfície:

1.- A extinção do direito de superfície pelo decurso do prazo fixado importa a extinção dos direitos reais de gozo ou de garantia constituídos pelo superficiário em benefício de terceiro."

<sup>153</sup> También en el derecho francés, en el arrendamiento con permiso para construir, se señala la resolución del contrato como causa del incumplimiento de las obligaciones de una de las partes, frecuentemente por culpa del inquilino. Saint-Alary: Bail à construction... Cit. Pag. 6.

español, ha sido modificado por las distintas leyes urbanísticas.<sup>154</sup> Esto significa que la obligación de construir en el plazo marcado por la licencia urbanística obliga a toda construcción en general, afectando tanto a la modalidad urbana como a la urbanística, cuyo otorgamiento determinará la adquisición del derecho a edificar (art. 33-1 Ley del Suelo) fijándose los plazos de iniciación, interrupción máxima y finalización de las obras. De donde se deduce que el incumplimiento de los plazos extinguirá el derecho a edificar (art. 35 L.S.).<sup>155</sup> De esta forma, si se concede un derecho de superficie y en el título constitutivo no se fija plazo alguno para llevar a cabo la edificación, la legislación urbanística a través de la licencia impondrá un plazo. El incumplimiento del mismo trae como sanción la caducidad de la licencia, y si el superficiario quiere conservar su derecho y hacerle efectivo edificando, deberá solicitar otra licencia de edificación con los gastos que ello conlleva. Como en el título constitutivo las partes no han fijado plazo entendemos que

---

<sup>154</sup> La primitiva Ley del Suelo de 1956, señalaba expresamente el plazo de 5 años para la realización de la construcción superficiaria. Así el art. 159 apartado 1º, mantenía que "el superficiario deberá construir en el plazo y del modo que se hubiese señalado, sin que aquel pueda exceder de cinco años en las concesiones otorgadas por el Estado y demás personas públicas". Tras esta ley urbanística, el Reglamento Hipotecario, en su reforma de 1959, dispone en su artículo 16, apartado 1º letra c) la necesidad de inscribir la circunstancia del plazo para realizar la edificación, que no podrá exceder de 5 años. El motivo por el cual el Reglamento afirmaba esta obligación se debía a que la ley urbanística requería que dicho plazo fuese recogido en el título constitutivo; y siendo la finalidad de aquel dotar de publicidad mediante la inscripción al título originador del derecho de superficie es lógico que incluyera dicha obligación dentro de su articulado.

Posteriormente, la Ley del Suelo de 1976, señaló en su artículo 173 apartado 1º que "el derecho de superficie se extinguirá si no se edifica en el plazo previsto en el Plan o en el convenido, si fuera menor...".

En la actual Ley de 1992, el art. 289 apartado 1º establece que el derecho de superficie se extinguirá si no se edifica en el plazo previsto, de conformidad con el art. 35-1º de esta Ley. Precepto que se refiere al derecho a edificar, señalándose que el plazo de iniciación, interrupción máxima y finalización de las obras, se fijará en la licencia de acuerdo con la normativa aplicable.

<sup>155</sup> Esto no significa que las partes puedan pactar cualquier otro tipo de sanción para el caso de que no se lleve a cabo la edificación en el plazo previsto como, por ejemplo, una cláusula penal.

no se resolverá su derecho.

A mi modo de ver, el legislador acertadamente exige esta obligación para que la figura cumpla los fines económicos y de fomento de la edificación que persigue, imponiendo que se lleve a cabo la construcción en el plazo previsto y pactado por ambas partes.

Otra cuestión menos importante, pero que debe estudiarse como una de las causas de resolución del título constitutivo, se refiere a la obligación del superficiario de llevar a cabo la edificación del modo previsto en el título constitutivo. Obligación que, a mi juicio, afecta únicamente a la modalidad urbanística por sus especiales caracteres, es decir, por ser el concedente la Administración quien, en base a su potestad, impone la necesidad de controlar la construcción que se realiza sobre su suelo y que posteriormente le revertirá, y sobre todo, porque esta figura está pensada por su interés social. De ahí que esta obligación se recogiese en el art. 159 apartado 1º de la Ley del Suelo de 1956, aunque con posterioridad no se ha vuelto a insistir en ninguna de las reformas de la Ley del Suelo. El Reglamento Hipotecario en su art. 16, que se dedica a recoger todos los pormenores de dicha ley urbanística, no realizó ninguna referencia al modo de llevar a cabo la construcción, pero detalló la obligación de hacer constar, en el título constitutivo para su inscripción, las características generales, el destino y costo del presupuesto de la edificación.

Todo lo cual nos lleva a preguntarnos qué quiso decir el legislador con el "modo de realizar la construcción": si, como se señala en el Reglamento Hipotecario, se refiere a las características generales, destino, costo del presupuesto de la edificación, o a las normas impuestas en las leyes urbanísticas en cuanto a alturas, estética... Entendemos que caben ambas posibilidades y ello porque en relación con las "características generales" no



debemos olvidar que la construcción tras el plazo pactado revertirá a manos del concedente,<sup>156</sup> y además, debe cumplirse en todo momento las condiciones urbanísticas (alturas, estética), puesto que en caso contrario se impondrán las sanciones que procedan. La justificación de esta causa de resolución se encuentra en la importancia que tiene el modo como esté construida la edificación para el propietario del suelo, pues al concedente del derecho de superficie, le interesará tras el transcurso del plazo pactado, adquirir la propiedad de aquélla, tal y como se pactó en el título constitutivo.

En relación con los efectos, que produce la resolución del título constitutivo hay que decir que en principio, se produce la reversión anticipada de una construcción que puede estar inacabada,<sup>157</sup> o ni siquiera comenzada, por no haberse edificado en el plazo previsto, o incluso puede no ajustarse a las normas estéticas o a las alturas permitidas por las leyes urbanísticas. Sin embargo, al dueño del suelo, que en un principio le pudo interesar la conclusión del negocio pactado con el superficiario, en este momento puede no interesarle ni la resolución del contrato, ni evidentemente que el superficiario realice tales infracciones. Con el fin de prevenir la actitud negligente o tal vez dolosa del superficiario, se puede introducir en el título constitutivo una cláusula penal que suponga la pérdida de diferentes cantidades de dinero según el tipo o grado de incumplimiento, pero sin que se

---

<sup>156</sup> Puig Peña (Tratado de Derecho Civil Español... Cit. Pag 481) precisa que para la resolución del título es necesario que las obligaciones o condiciones que se infringen por el superficiario sean fundamentales en el sentido de constituir elementos integrantes de la causa jurídica para el concedente.

<sup>157</sup> Saint-Alary (Bail à construction... Cit. Pag. 6) señala el perjuicio que supone para el arrendador, adquirir la propiedad de una construcción que se encuentra inacabada. Afirma que éste estará protegido contra los inconvenientes de esta falta de finalización de la construcción, sobre todo cuando el inquilino comercialice su operación a través de la "venta de inmueble en futura terminación" (ventes en l'état futur d'achèvement) y que la finalización de la construcción esté sujeta a una garantía bancaria. Es el supuesto típico de la venta de inmueble en construcción (vente d'immeuble à construire).

produzca la reversión.<sup>158</sup> Además, si el superficiario no construye, o transmite su derecho a un tercero que, a su vez, se convierte en titular del mismo, este nuevo superficiario se subrogará en todos sus derechos y obligaciones, y también se verá compelido a realizar la construcción, porque en definitiva la cláusula penal le afectará también.<sup>159</sup>

#### C.- Otras causas de extinción

En este grupo incluíamos, en general, todas aquellas causas de extinción de los derechos reales que ofrecen una peculiaridad en relación con el derecho de superficie.

Iniciamos nuestro breve análisis con la **pérdida de la cosa**. Es sabido que el derecho real desaparece cuando su titular no puede desarrollar la función económica prevista. Sin embargo, no debemos pensar únicamente en la destrucción física o jurídica del derecho de superficie como un supuesto de pérdida de la cosa: la conversión del objeto del derecho de superficie que lleva consigo su desaparición, (el edificio superficiario reducido a escombros, o la del fundo sobre el que recaé que se convierte en el cauce de un río o de un lago)<sup>160</sup> sino también en la imposibilidad de realización de la función o destino económico de la cosa (cuando el edificio superficiario, por ejemplo, sea declarado en ruina).

La pérdida puede ser total o parcial, aunque ésta sólo supone la modificación de la

---

<sup>158</sup> Por ejemplo, la falta de inicio de las obras, el no ajustarse a las condiciones de alturas o estéticas pactadas....

<sup>159</sup> En el derecho francés, se prevé la posibilidad de que el arrendador en el arrendamiento con facultad para construir, se proteja a través de la inserción de una cláusula en el contrato de "afección hipotecaria" o de una "caución bancaria" que garantice la ejecución de las obligaciones del inquilino, para el supuesto en que éste no concluya la edificación y proceda a la venta del inmueble inacabado, a un tercero.

<sup>160</sup> Oliveira Ascensao: O direito de superficie... Cit. Pag 271) señala que el derecho de superficie se extingue por la inutilización del suelo, siempre que sea a efectos de edificación. El superficiario tiene un único poder de goce y de edificar, y por consiguiente, la frustración de ese poder tiene relevancia desde el punto de vista de la relación de la superficie.

relación jurídica que puede continuar existiendo sobre la parte subsistente de la cosa.

Refiriéndonos en concreto al derecho de superficie vamos a analizar cuando, por qué y los efectos que produce la destrucción del fundo, haciendo referencia tanto al suelo cómo a la construcción-base, apoyo de la construcción superficiaria, cuando dicha destrucción sea por causas ajenas a la voluntad (por ejemplo: caso fortuito, fuerza mayor).

Frente al silencio normativo existente en las distintas leyes que han regulado la figura en nuestro ordenamiento jurídico para la modalidad urbanística, en el ordenamiento italiano, esta causa de extinción está expresamente establecida en el apartado 3º del art. 954 del Código Civil, debido a las circunstancias especiales del derecho de superficie.<sup>161</sup> También la desaparición o inutilización del fundo, es recogida por el art. 1536-1º apartado e) del Código civil portugués, como causa de extinción.<sup>162</sup>

En principio con la destrucción física del suelo, el derecho de superficie desaparecerá tanto si la construcción superficiaria se ha realizado como si no. Estamos pensando en el clásico supuesto del desvío del cauce de un río aunque también pueden producirse otras hipótesis.<sup>163</sup> La cuestión resulta más interesante si pensamos en qué ocu-

---

<sup>161</sup> Art. 954-3º Codice Civile: "Il perimento della costruzione non importa, salvo patto contrario, l'estinzione del diritto di superficie."

<sup>162</sup> Art. 1536-1º apartado e) del Código Civil portugués:  
" O direito de superfície extingue-se: e) Pelo desaparecimento ou inutilização do solo".

<sup>163</sup> La doctrina italiana (Pugliese: Superficie... Cit. Pag. 622; Quaranta y Preden: Superficie... Cit. Pag. 64 y Cendon: Superficie... Cit. Ant. Pag. 273), estudia como supuestos: el hundimiento del suelo en aguas marinas, o la inundación permanente de aguas de un río, o incluso la precipitación en un abismo del fundo...

Casos que impiden cualquier actividad de construcción o reconstrucción, extinguiéndose el derecho tanto si existe el edificio como si no.

Es posible, además, que el edificio se arruine junto con el suelo de modo definitivo, por ejemplo si el suelo es ocupado por el cauce de un río, puede imaginarse que el edificio resista durante un tiempo a la fuerza erosiva del agua pero que le hace inhabitable no siendo objeto idóneo de una propiedad superficiaria.

rrirá si el derecho de superficie (derecho de sobreedificación superficiaria) se eleva sobre una construcción y ésta perece, o al contrario si el derecho de superficie se encuentra en el subsuelo (derecho de subedificación superficiaria). En principio, el derecho de superficie no desaparece, sino que es la propiedad superficiaria la que lo hace, pues como ya hemos visto está ínsito en él la facultad de reconstruir. No obstante no hay que olvidar, que falta su base o apoyo sobre el que nazca la futura propiedad superficiaria; (la llamada construcción-base) lo que nos induce a pensar que existe el derecho pero que "transitoriamente o definitivamente no se encuentra materializado".<sup>164</sup> En este sentido la Compilación foral de Navarra, en su Ley 441 señala que el perecimiento del edificio no extingue los derechos de sobreedificación y subedificación, ya que sus titulares conservarán sobre el edificio construido el mismo derecho que anteriormente tenían.

La duda que surge, radica en conocer cuales son los requisitos necesarios, en el supuesto de que el edificio se reconstruyera, para que pueda volver a materializarse el derecho de superficie. En principio se debe buscar en el título constitutivo lo que las partes han establecido al respecto, puesto que puede haberse pactado la obligación de reconstrucción del edificio-base en el supuesto de perecimiento, en cuyo caso no habrá problema. Si el derecho de superficie se ha establecido sobre un edificio en concreto, habrá que esperar a que éste sea reconstruido para que pueda materializarse. Pero si el derecho se constituyó con referencia a cualquier edificio que se alce en un determinado terreno, habrá que esperar a la reconstrucción de cualquier edificio en el punto determinado. Y por lo que respecta a la nueva construcción, ésta no podrá sobrepasar los límites del derecho originario, siendo la edificación la prevista en el título originario de concesión del derecho

---

<sup>164</sup> Aunque en el derecho de subedificación, si pereciere la construcción base, puede que continúe la propiedad superficiaria existiendo.

de superficie.

En cuanto a la destrucción del edificio superficiario hay diversas opiniones doctrinales. Mezquita del Cacho,<sup>165</sup> asegura que será causa extintiva incluso cuando exista culpa del superficiario. Su argumentación reside en el art. 159 de la Ley del Suelo de 1956,<sup>166</sup> y mantiene que de no cumplirse así, la finalidad de dicho artículo quedaría burlada, pues la subsistencia del derecho de superficie está subordinado al cumplimiento de las finalidades de la ley. Continúa señalando que si el perecimiento de la construcción se debe a causa fortuita, la extinción quedará subordinada a que el superficiario reconstruya en el plazo previsto para la primera construcción, perviviendo la superficie hasta el término final para el que fue inicialmente constituida.<sup>167</sup>

Razonamiento con el que estamos de acuerdo ya que la institución superficiaria, tiene como finalidad principal la de construir, y por consiguiente, siempre se encuentra implícita en ella dentro del plazo de duración pactado, por lo que de acuerdo con las leyes

---

<sup>165</sup> Mezquita del Cacho: El derecho real de superficie en la Ley de 12 de mayo de 1956. R.D.P. 1957. Pag. 760

<sup>166</sup> Art. 159 L.S. de 1956:

1º "El superficiario deberá construir en el plazo y del modo que se hubiese señalado, sin que aquél pueda exceder de cinco años en las concesiones otorgadas por el Estado y demás personas públicas.

2º La extinción de este deber provocará siempre la extinción del derecho de superficie sin que el dueño del suelo esté obligado a indemnizar en cuantía superior a los dos tercios de lo que representare la mejora.

3º En tanto no hubiere edificado en la mitad, por lo menos, de lo convenido, el superficiario no podrá enajenar su derecho sin autorización del propietario del suelo, salvo pacto en contrario".

<sup>167</sup> En el tema de la pérdida de la construcción como causa extintiva del derecho de superficie, es indiferente la culpabilidad de las partes. Es decir, es igual que el edificio se haya destruido como consecuencia de una causa fortuita como por negligencia de alguna de las partes, ya que lo importante es que desaparece la propiedad separada objeto del derecho de superficie. Otra cosa es que si ha habido culpa o negligencia de una de las partes, exista una pretensión de indemnización del perjudicado frente al causante del daño, es decir una responsabilidad del causante de los daños.

urbanísticas podrá siempre reconstruirse de nuevo. El requisito a tener en cuenta, es que el nuevo plazo concreto para la reedificación será el otorgado en la licencia urbanística.<sup>168</sup>

Con la reforma de la Ley del Suelo en 1976, autores como Rodríguez García,<sup>169</sup> entienden que si el edificio se destruye habrá que estar a lo pactado en el título constitutivo, señalando que, si ambas partes hubiesen pactado construir una sola vez, no cabría porque el derecho se ha agotado. Si se permite la reconstrucción durante un periodo determinado, y la destrucción de la misma se produce dentro de ese plazo, desde luego sería posible.

Pero realmente lo que nos interesa es saber ¿qué ocurrirá si las partes no tuvieron en cuenta esta eventualidad y no pactaron nada? Díez Picazo,<sup>170</sup> entiende que debido a la especial naturaleza de este derecho, mientras el suelo exista, continúa vigente a su vez el derecho del superficiario es decir, la principal facultad del sujeto activo del derecho, el *ius aedificandi*.

Laso Martínez,<sup>171</sup> pensando en la modalidad urbanística, va más allá asegurando la existencia no sólo del derecho sino la obligación que tiene el superficiario de reconstruir.

---

<sup>168</sup> Que deberá volver a solicitarse al Ayuntamiento.(art. 35 L.S). Por otro lado, debemos tener presente la postura de otros autores, como Guilarte (El derecho de superficie... Cit. Pag. 285) que ven implícito el derecho de reconstruir y continuar utilizando el suelo, pero sólo en la modalidad urbanística. Y ello porque parten de que en la modalidad urbana común sobre edificación preexistente, no se concede el *ius aedificandi*. Posición que como veremos a continuación no mantenemos.

<sup>169</sup> Rodríguez García: Retroprogresivismo jurídico y nuevos perfiles del Derecho de Superficie. A.C. 1988-2. Pag. 2960.

<sup>170</sup> Díez Picazo y Gullón: Sistema de Derecho Civil... Cit. Pag. 490.

<sup>171</sup> Laso Martínez: El derecho de superficie en el ámbito urbanístico. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Pag. 544.

En el caso de que dicho derecho se haya constituido para la reconstrucción de un servicio público, el derecho de reedificar integra el haz de derechos del superficiario.

Estamos totalmente de acuerdo con ambos criterios, pues la obligación de reconstruir tiene como base, en principio la existencia del *ius aedificandi*, pero si el derecho de superficie se constituye sobre edificación preexistente, entendemos que existe el derecho de reconstruir porque lo que se ha entregado al superficiario es una propiedad superficiaria separada del suelo, y cuando ésta perece resurge el *ius aedificandi* incluido en el derecho de superficie mismo (pues si no es actual se encuentra inmerso en el derecho en términos de potencialidad) Y en relación con la modalidad urbanística, la obligación de reconstruir tiene como base la función económico-social que cumple la institución.

En conclusión, entendemos que en principio habrá que seguirse lo expresamente señalado en el título constitutivo, ya que la autonomía de la voluntad juega un papel muy importante a estos efectos. En el supuesto de no haberse pactado nada, el superficiario tiene la obligación de reconstruir tanto si se ha constituido para la prestación de un servicio público como si se trata de la modalidad urbana común. Y ello porque al consistir el objeto del derecho de superficie en la propiedad temporal o indefinida de una construcción, con la destrucción de la misma desaparecería el edificio en sí pero continuaría vigente el derecho de propiedad de una construcción sobre suelo ajeno, y, por consiguiente, la facultad de reconstruir. El objeto del derecho de superficie no es la propiedad del primer edificio, sino la existencia del *ius aedificandi* y además de la propiedad de un edificio existente sobre suelo ajeno.

Realmente la cuestión estriba en si se puede decir que la relación jurídico real se ha extinguido por pérdida de su objeto. Está claro que no, porque el contenido del derecho de superficie no es la edificación, sino el derecho de propiedad de un edificio sobre el

suelo ajeno, por un tiempo determinado o indefinido.

Por otro lado, desde el punto de vista del concedente, ni le interesará tener su suelo gravado con un derecho de superficie donde ha desaparecido el edificio, ni tampoco le interesará que el suelo esté lleno de escombros, y, sobre todo, a efectos de reversión, cuando llegue el plazo de extinción del derecho no habrá ningún edificio que le revierta.

Nos parece interesante también destacar la Compilación de Navarra que establece en su Ley 433 que si el edificio pereciere, no se extinguirá el derecho de superficie y el superficiario *podrá* proceder a la reconstrucción.

De los términos literales parece que el legislador navarro no establece la obligación del superficiario a la reconstrucción.

Otra cuestión que se puede plantear, y que puede ocasionar diversos problemas es la destrucción parcial del edificio. En tal supuesto, ¿sobre quien recaé la obligación de demoler la parte de estructura que no haya perecido, si tal actividad es precisa para la reconstrucción de la propiedad superficiaria? Si existe culpa, además de su posible responsabilidad por los daños causados, recaerá dicha obligación sobre el causante de los mismos, haciéndose cargo de los gastos que ello conlleva ya que evidentemente supone un entorpecimiento de la actividad de goce del superficiario para la reconstrucción. En caso contrario, y para volver a reconstruir, el superficiario será el que se encargue de demoler la construcción.

Tanto en el supuesto de destrucción total como de destrucción parcial, los materiales pertenecen al superficiario, que puede emplearlos en el edificio que se reconstruya.

En cuanto a la edificación, deberán seguirse los criterios pactados en el título constitutivo, referente a alturas, destino, y características estéticas de la primera edificación. Pero también es posible que las partes acuerden en cualquier sentido, la ampliación del derecho



o su restricción a la observancia de las normas urbanísticas y estéticas. Y ello porque es admisible la validez de un pacto posterior siempre que no se dañen los derechos de terceras personas.

Otra cuestión diferente, pero interesante, es la que propone Miquel Calatayud,<sup>172</sup> en relación con el establecimiento de un seguro sobre la propiedad superficiaria. De esta forma, en el caso de pérdida total, el dueño del suelo se subrogaría en la posición del superficiario, teniendo derecho a percibir la indemnización que correspondería al titular de la propiedad superficiaria, admitiendo la posibilidad que tiene el superficiario de retener dicha indemnización hasta el momento en que llegase el plazo del término del derecho de superficie. También es posible que el superficiario reinvierta la indemnización reconstruyendo.

Pero y ¿si el superficiario no reconstruye?. No hay duda de que resurgirán las reglas de la accesión y la propiedad de la superficie volverá al dominus soli, en base a la resolución del título constitutivo por incumplimiento de la obligación principal de construir, en este caso de reconstruir. También es posible que exista un pacto que prohíba expresamente el derecho de reconstruir, lo cual supone la extinción automática del derecho de superficie tras la destrucción del edificio. Pacto que puede estar incluido dentro del título constitutivo, o puede añadirse expresamente con posterioridad.

Un tema diferente pero interesante, es si es posible el pacto de demolición voluntaria de la propiedad superficiaria realizada por el superficiario.

En la modalidad urbanística y teniendo en cuenta que tal actuación determinará la extinción

---

<sup>172</sup> Miquel Calatayud: Consideraciones sobre el derecho de superficie edificativo en el ordenamiento jurídico español... Cit. Pags. 617 y 618.

de la relación,<sup>173</sup> en base a la naturaleza jurídica de la figura, motivado fundamentalmente, por el derecho de reversión de la propiedad superficiaria del concedente, no será posible. Y ello porque el dueño del suelo -la Administración- tiene la expectativa de extender su derecho a la propiedad superficiaria al término del derecho de superficie. Por otro lado, si el superficiario procede a demoler voluntariamente su propiedad, con ello quiere significar que desea extinguir su derecho. En ese caso, el concedente tendrá, por su parte, derecho a una indemnización por los perjuicios que se le han causado, al no conseguir uno de los fines pactados, además de poder exigir responsabilidades.

Sin embargo, en la modalidad urbana común, sí es posible tal pacto en base al art. 1255 C.C. porque pudiera interesar a las partes, sobre todo al dueño del suelo que desea obtener el suelo vacío.

Otra de las causas de extinción general de las relaciones jurídico-reales, es la **confusión o consolidación de derechos**, que puede producirse por la adquisición del propietario del suelo (cosa gravada) -tanto inter vivos como mortis causa- de la titularidad del derecho de superficie; o al revés, por la adquisición del superficiario (titular del derecho real) de la propiedad del suelo.<sup>174</sup>

En la reforma de la Ley del Suelo de 1976, frente a la Ley anterior, esta causa extintiva tuvo un tratamiento especial, produciendo unos efectos específicamente regulados.

---

<sup>173</sup> Cendon (Superficie... Cit. Pag 271) y Pugliese (Superficie... Cit. Pag. 617), mantiene que "no funciona como una causa específica de extinción a diferencia de la destrucción de la propiedad superficiaria. Lo cual no significa que no sea ineficaz el pacto en el que se establezca la demolición, sino que dicho acuerdo puede configurarse como una condición resolutoria o como renuncia bajo condición suspensiva, teniendo los efectos propios de estas cláusulas".

<sup>174</sup> Mezquita (El derecho real de superficie... Cit. Pag. 760) matiza que la consolidación anticipada en virtud de negocio jurídico inter vivos o mortis causa, en favor del dueño del terreno es una causa extintiva, al igual que la confusión en la persona del superficiario.

En efecto, el art. 173 apartado 4º dispuso que:

"si por cualquier otra causa se reunieran en la misma persona los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente".

Artículo que continúa intacto tras la reforma de 1992, y que se encuentra en el apartado 5º del art. 289 de la Ley del Suelo.

¿Cuales fueron las razones que impulsaron en su momento al legislador a su establecimiento, y que hoy continúan vigentes? Considero que se trata de salvaguardar tanto los intereses de la persona sobre la que se consolida la propiedad del suelo y los de la persona que ostenta el derecho de superficie, como también impedir la ampliación o disminución de los derechos de los terceros. De este modo, cualquier tercero que tenga un derecho únicamente sobre la propiedad superficiaria, continuará teniéndolo sobre el edificio tras la consolidación, sin poder extenderse al suelo.<sup>175</sup> Aunque también puede ocurrir que la confusión surja cuando no exista todavía propiedad superficiaria, lo que significa que el dominus adquirirá el ius aedificandi otra vez.

En la Ley 429 de la Compilación Foral de Navarra se establece también la confusión como causa extintiva del derecho de superficie. Así, se dispone que:

"si se reunieran en un mismo titular la propiedad del suelo y uno de estos derechos especiales sobre el mismo, los derechos reales que afecten a una y otros continuarán gravándolos separadamente".

---

<sup>175</sup> La doctrina italiana (Pugliese: Superficie... Cit. Pag. 621 y Quaranta y Preden: Superficie... Cit. Pag. 63) mantiene que los derechos reales impuestos por el superficiario sobre la construcción e inscritos con anterioridad al acto que produce la consolidación, conservan pleno valor.

En cuanto a los derechos constituidos sobre el suelo, aunque sólo existirán en raras ocasiones debido a que la construcción absorbe prácticamente la utilidad del terreno, si la confusión se produce en la persona del dominus soli, tales derechos se extenderán a la construcción. En caso contrario, si la confusión se produce en la persona del superficiario, quien adquiere la propiedad del suelo a título particular, los derechos de los terceros no serán oponibles al superficiario.

Se trata de una transcripción casi literal del precepto comentado anteriormente de la Ley del Suelo de 1976 (art. 173-4º L.S.). Su fundamento se encuentra en mantener únicamente los derechos reales ceñidos al objeto concreto sobre el que se constituyeron, sin que dicho gravamen se extienda.<sup>176</sup>

Por lo que respecta al Derecho Comparado, en el ordenamiento portugués también se hace referencia a esta causa de extinción, señalándose en el art. 1536 la "reunión en la misma persona del derecho de superficie y del derecho de propiedad" pero sin disponer nada con carácter especial respecto a las cargas de los terceros en relación con esta causa de extinción.<sup>177</sup>

Otra causa de extinción de los derechos reales es la **renuncia**, que puede ser contemplada tanto desde el punto de vista del titular del derecho real (superficiario) como del titular del gravamen (concedente o dominus soli).

No obstante, en relación con el derecho objeto de estudio hay ciertas cuestiones a tener en cuenta. En principio, para que la renuncia se produzca es necesario que el renunciante tenga pleno poder de disposición de los bienes, y que con ella no perjudique a terceros. El superficiario, como dueño de la propiedad superficiaria, puede libremente desposeerse de la misma, dando con ello por extinguido su derecho de dominio sobre la construcción. De esta afirmación se desprende que los requisitos necesarios en la renuncia del superficiario son la voluntad de renunciar a la propiedad de la cosa, y la conducta concluyente de abandono del dominio sobre la misma. Pero, ¿y si todavía no se ha construido? En este

---

<sup>176</sup> Salinas Quijada: Derecho Civil de Navarra... Cit. Pag 34.

<sup>177</sup> Art. 1536-1º apartado d) Código Civil portugués:

"O direito de superfície extingue-se:

d).- Pela reuniao na mesma pessoa do direito de superfície e do direito de propriedade."

caso, el superficiario puede igualmente renunciar a su derecho de forma directa mediante un acto expreso, o simplemente dejando pasar el plazo obligatorio de construcción, de forma que el derecho caducaría.<sup>178</sup>

De todo esto se deduce que la justificación de la renuncia es distinta según se trate del derecho de superficie sobre el suelo ajeno con facultad de construir, que del derecho de superficie sobre edificación preexistente. En el primer caso, si no se ha iniciado el ejercicio de la facultad de construir, la propiedad del terreno se vuelve plena, es decir vuelve a comprender el *ius aedificandi*. En el segundo supuesto, vuelven a reestablecerse las reglas de la accesión de forma que la propiedad de la construcción pasa a manos del dueño del suelo.

Por lo que respecta a la falta de consagración legal de esta causa extintiva, hay que señalar que frente al silencio del legislador urbanista, considero que en nuestro ordenamiento tiene perfecta cabida, aunque hay quien niega tal posibilidad. Así, Miquel Calatayud,<sup>179</sup> no admite el abandono de la propiedad superficiaria cuando ésta ha nacido ya. Argumenta la imposibilidad de renuncia cuando existe un contrato generador del derecho de superficie con su pertinente obligación, pues ello significaría el incumplimiento de un contrato, dejándolo al arbitrio de una de las partes, en contra de lo que dispone el art. 1.256 del Código Civil.<sup>180</sup>

---

<sup>178</sup> En la modalidad urbanística, cuya inscripción es de carácter constitutiva, sería conveniente establecer la obligación de que la renuncia se hiciera de forma escrita, y se inscribiera en el Registro de la Propiedad a efectos de publicidad a terceros.

<sup>179</sup> Miquel Calatayud: Consideraciones sobre el derecho de superficie... Cit. Pag. 616.

<sup>180</sup> Crítica que no considero acertada porque una cosa es el abandono o renuncia de la propiedad superficiaria, y otra cosa es el incumplimiento del contrato. La primera es la causa de extinción del derecho y el incumplimiento del negocio jurídico es el resultado de aquella. Los resultados son los mismos que en otras causas de extinción pues para que la renuncia se produzca es necesario que el renunciante tenga pleno poder de disposición de

Y ¿qué ocurre con los derechos constituidos por el superficiario sobre la propiedad superficiaria antes de la renuncia? Para que pueda ser válida la renuncia del superficiario es condición sine qua non que no suponga un perjuicio para terceros. De manera que si éstos existen sólo será válida la renuncia, si el dominus soli no se opone a los mismos, puesto que la propiedad superficiaria pasará a ser de su propiedad.<sup>181</sup> El fundamento de esta conclusión reside en que los derechos de los terceros nacen con un límite temporal, que es el máximo fijado para el superficiario y no sería justo la desaparición de los mismos por la renuncia del derecho del superficiario.

Acerca de la renuncia o abandono del propietario del suelo sobre éste, hay que señalar que no supone la extinción del derecho de superficie, pues no da lugar a la consolidación de los dominios en la figura del superficiario.<sup>182</sup>

A continuación vamos a recoger muy brevemente, y siendo conscientes de su simplicidad, algunas de las causas de extinción del derecho de superficie, en las cuales nos

---

los bienes y el derecho de superficie se encuentra materializado por la construcción superficiaria.

Pero y ¿qué tiene el superficiario desde la constitución de su derecho hasta la materialización del mismo? Una expectativa de propiedad temporal y un derecho a edificar, ¿pueden ser ambas renunciables?. Entiendo que si, por que como hemos dejado claro desde un principio la renuncia es libre en cualquier momento siempre que no perjudique con ello al interés de terceros. Además de que el derecho de superficie ha ingresado en su patrimonio y tanto si se ha materializado como si no, puede disponer de él y consiguientemente renunciar también a él.

<sup>181</sup> Según Quaranta y Preden (Superficie... Cit. Pag 64 y ss) en el derecho italiano son oponibles al dominus soli si tales derechos estaban inscritos con anterioridad a la renuncia y que los derechos que gravan al suelo se extienden a la construcción, cuando así resulte del título convenido por las partes.

<sup>182</sup> No debemos olvidar que si el derecho de superficie surge por la derogación expresa del principio superficie solo cedit, realizado por el concedente *en favor unicamente del superficiario*, y no por la renuncia del concedente del derecho en favor de cualquier sujeto para que pueda edificar en su fundo.

es imposible detenernos, pero que consideramos necesario al menos aludir en este momento, para que sirvan de recordatorio a problemas que posteriormente trataremos, además de para dejar constancia de su estudio por la regulación extranjera a diferencia de lo que ocurre en nuestro ordenamiento.

La **condición resolutoria** es otra causa de extinción del derecho de superficie.<sup>183</sup> Es posible, que en el título constitutivo del derecho de superficie, se pacte que el incumplimiento de alguna de las obligaciones fundamentales del superficiario dé lugar a la extinción del derecho,<sup>184</sup> y así se recoge en el Derecho italiano<sup>185</sup> y portugués.<sup>186</sup>

¿Cómo juega esta causa de extinción? Si se ha procedido a la edificación de la propiedad superficiaria pasará a ser propiedad del dominus soli por accesión.<sup>187</sup>

---

<sup>183</sup> Hay que diferenciar esta causa extintiva, relativa al cumplimiento de la condición resolutoria establecida por las partes en el título constitutivo, de la resolución de éste por infracción de los deberes del titular del derecho que estudiamos anteriormente referentes al plazo y modo de la edificación

<sup>184</sup> Roca Sastre (Ensayo sobre el derecho de superficie... Cit. Pag. 63) señala que es procedente tal causa de extinción siempre que con el cumplimiento de la condición resolutoria no se consiga un resultado equivalente al comiso ya que el art. 16 del Reglamento Hipotecario lo prohíbe expresamente. Vid. el epígrafe "Requisitos del asiento de inscripción".

<sup>185</sup> La doctrina italiana (Quaranta y Preden: Superficie... Cit. Pag. 62, Pugliese: Superficie... Cit. Pag. 619 y 620, y Cendon: Superficie... Cit. 273) señala que una vez cumplida la condición resolutoria pactada por ambas partes los efectos se retrotraen al momento de conclusión del contrato de forma que se tiene como si nunca se hubiese constituido. Los efectos se producen ex tunc.

<sup>186</sup> En el Derecho portugués, se establece la posibilidad de extinción del derecho de superficie cuando en el título constitutivo se estipule la verificación de la condición resolutoria.

Art. 1536-2º Código Civil: " 2.- No título constitutivo pode também estipularse a extinção do direito de superfície em consequência da destruição da obra ou das árvores, ou da verificação de qualquer condição resolutiva".

<sup>187</sup> Aunque en la escasa regulación que se ha hecho de la figura en nuestro ordenamiento no se ha recogido esta causa de extinción, suele ser frecuentemente pactada por las partes, tal y como exponemos en los ejemplos del Cap. V.

En nuestro Derecho frente a la regulación del Derecho Comparado y siguiendo el art. 289-5º, tras la accesión de la propiedad superficiaria a manos del dominus soli, las cargas que recayeren sobre ambas propiedades seguirán gravándolas separadamente. En el Derecho italiano, debido a los efectos ex tunc que produce esta causa extintiva, decaerán los derechos reales impuestos por el superficiario automáticamente, mientras que aquellos que gravan el suelo se extenderán al edificio.

Aunque nuestra doctrina no ha recogido expresamente la **prescripción** como una causa extintiva del derecho de superficie, tanto la doctrina italiana como la francesa la admiten como tal. La razón es que en nuestro derecho existe la obligación de construir la propiedad superficiaria en el plazo determinado por la ley.

En la doctrina italiana,<sup>188</sup> se considera que siendo el derecho de superficie un derecho de goce, el derecho de hacer la construcción o reconstrucción, se extingue por prescripción consiguiente al no uso por veinte años. Sin embargo, en el supuesto que el derecho de superficie recaiga sobre una construcción ya existente, la propiedad es imprescriptible, salvo los efectos de la usucapión. Así, el derecho de construir que el propietario del suelo concede a otro, se extingue cuando el titular de la concesión no construya dentro de los veinte años.<sup>189</sup> En el supuesto en que el derecho de construir haya sido enajenado a diversas personas y ninguna de ellas lo hubiese ejercitado se debe computar el tiempo durante el cual no ha sido ejercitado por ningún titular.

---

<sup>188</sup> Pugliese: Superficie... Cit. Pag. 617 y ss, Cendon: Superficie... Cit. Pag 271 y ss. Además de que el último apartado del art. 954 del Codice Civile prevé que "Il diritto di fare la costruzione su suolo altrui si estingue per prescrizione per effetto del non uso protratto per venti anni".

<sup>189</sup> El momento desde el cual comienza a transcurrir el término o plazo de la prescripción es aquel desde el cual puede darse comienzo a la construcción prevista en la concesión ad aedificandum, o cuando se produce la destrucción o la demolición de la construcción.



La doctrina francesa ha señalado únicamente la prescripción o no uso en relación con el derecho de superficie cuando es objeto de una venta, al considerarlo como un derecho de propiedad perpetuo no susceptible de extinguirse por no uso, pero no cuando nace dentro de las reglas de un arrendamiento con facultad de construir. Así, Saint-Alary,<sup>190</sup> señala que es criticable desde el punto de vista jurídico la no extinción del derecho de superficie por no uso. Y ello porque es dudoso que el superficiario sea titular de un derecho real, mientras que no surja la construcción, y que los derechos personales, al contrario del derecho de propiedad, prescriben.

La **expropiación** forzosa, es otra causa extintiva. Puede ser total (expropiación de la Entidad pública del suelo y del edificio) o parcial (expropiación únicamente del edificio por ser la Entidad Pública la propietaria del suelo).

En relación con el derecho de superficie la doctrina se pregunta a quién debe corresponder el justiprecio otorgado por la expropiación si al superficiario o al dominus soli. Se han señalado diferentes criterios como argumentos lógicos para su concesión a una u otra parte. Entre otros el valor del suelo y del edificio en el momento de la expropiación<sup>191</sup>, la duración de la relación superficiaria y el tiempo que resta por cumplir para la expiración del plazo, los pactos existentes sobre reversión de lo edificado con o sin indemnización al superficiario, y, en último lugar, si el superficiario pagaba o no un canon periódico por el goce del suelo o se ha entregado alguna cantidad; o únicamente consistía en la adquisición del edificio por el dominus tras el transcurso del plazo pactado.<sup>192</sup>

---

<sup>190</sup> Saint-Alary: Superficie... Cit. Pag. 3.

<sup>191</sup> Señalado por Roca (Roca Sastre: Ensayo sobre el derecho de superficie... Cit. Pag. 62)

<sup>192</sup> Todos estos criterios han sido expuestos por Guilarte. (Guilarte: El derecho de superficie... Cit. Pag. 274)

De todos estos argumentos el más equitativo resulta ser, a nuestro juicio, el de la distribución entre superficiario y concedente de la proporción del respectivo valor que el derecho que cada uno tuviere al tiempo de la expropiación.

Guilarte<sup>193</sup> afirma que la proporción en que se debe repartir el precio se señalaba en el art. 161-2º de la Ley del Suelo de 1956, que establecía que "en defecto de pacto el superficiario tendrá derecho a una indemnización equivalente al valor de la construcción según el estado de la misma". No obstante considero que este artículo no se refería a la expropiación sino al abono de la indemnización al superficiario tras la extinción del derecho de superficie, y que ha desaparecido en las Leyes del Suelo posteriores. Pero si las partes lo pactasen, podría aplicarse tal criterio.

Frente al silencio que se mantiene en nuestro ordenamiento, en el ámbito del Derecho Comparado, el ordenamiento portugués se muestra en este punto innovador, al señalar expresamente como una causa de extinción del derecho de superficie la expropiación por utilidad pública.<sup>194</sup> También establece la obligación de "indemnizar a ambos titulares en el valor de sus respectivos derechos".<sup>195</sup>

Pero ¿qué efectos produce esta causa de extinción? La reunión en manos de un tercero, que además debe ser la Administración pública, de la propiedad del suelo y la propiedad superficiaria.

Por lo que respecta a los derechos de sobreedificación y subedificación superficia-

---

<sup>193</sup> Guilarte: El Derecho de superficie...Cit. Pag. 280.

<sup>194</sup> Art. 1536-1º apartado f) del Código Civil portugués:  
"O direito de superfície extingue-se: f).- Pela expropriação por utilidade pública."

<sup>195</sup> Art. 1542 Código Civil portugués:  
"Extinto-se o direito de superfície em consequência de expropriação por utilidade pública, cabe a cada um dos titulares a parte da indemnização que corresponder ao valor do respectivo direito."

rios, la expropiación de la finca supone igualmente la extinción de los mismos. Solamente hay que destacar que el titular de tales derechos deberán ser tenido en cuenta también a la hora de ser indemnizado, en proporción tanto al valor de su derecho como al valor de la propiedad del inmueble en el momento de la expropiación.

### **3.- Efectos derivados de la extinción<sup>196</sup>**

#### **A.- Reversión**

El efecto más importante es la atribución de lo edificado al propietario del suelo, también denominado REVERSION. Es una consecuencia directa de la naturaleza del derecho de superficie (que no admite pacto en contrario) en cualquiera de sus modalidades, y sobre todo, en la urbanística cuyo carácter es especial e imperativamente temporal. Su fundamento se encuentra en la vigencia del principio de accesión, de ahí que a la extinción del derecho por cualquier causa, el propietario del suelo haga suya la propiedad de lo construido ipso iure.

La reversión de la propiedad superficiaria a manos del concedente se reconoció expresamente en el art. 161-2º de la Ley del Suelo de 1956, introduciéndose la posibilidad de reversión parcial en el art. 16-1º letra B) del Reglamento Hipotecario. La diferencia existente entre la regulación de 1956 y la de 1976, reside en que en la primera Ley urbanística se señalaba en términos amplios que cuando se extinguiese el derecho de superficie, el dueño del suelo adquiriría la propiedad de la edificación; mientras que en la segunda, sólo se señalaba el supuesto de reversión cuando la causa de extinción fuera el transcurso del plazo (art. 173-2º). Estos términos no han variado en la actual ley de 1992. Una vez extinguido el derecho el efecto inmediato es la adquisición del cedente de la

---

<sup>196</sup> En este apartado vamos a referirnos a los efectos, pero únicamente haciendo un breve planteamiento, pues al ser origen de multitud de problemas, estos van a ser ampliamente desarrollados en la última parte del presente trabajo.

propiedad superficiaria de forma automática, sin que sea necesario esperar a la entrega del superficiario de la construcción, es decir sin la traditio como expresamente señala Rodríguez García.<sup>197</sup>

Igual ocurre en el Derecho francés en relación con el arrendamiento para construir.<sup>198</sup> No obstante, la doctrina distingue en la forma de producirse la reversión, según se trate de construcciones edificadas o de construcciones existentes. En el primer caso, el inquilino ha construido sobre suelo ajeno, y por consiguiente, la propiedad de las construcciones deviene en manos del arrendador tras la extinción del contrato por el juego de la accesión. Por lo que concierne a las construcciones existentes,<sup>199</sup> la situación es diferente. A través de una estipulación del contrato de arrendamiento se establece que durante el mismo, el inquilino se convertirá en propietario de la construcción. Estipulación que entraña una primera mutación que estará seguida de una segunda en sentido inverso a la extinción del arrendamiento.<sup>200</sup>

También es posible, en este ordenamiento, la existencia de distintos acuerdos como, por ejemplo, que tras la finalización del arrendamiento no se produzca la reversión, es

---

<sup>197</sup> Rodríguez García: Retroprogresivismo jurídico... Cit. Pag. 2959.

<sup>198</sup> Art. 251-2 Code de la construction et de la habitation.

"Les parties conviennent de leurs droits respectifs de propriété sur les constructions existantes et sur les construction édifiées. A défaut d'une telle convention, le bailleur en devient propriétaire en fin de bail et profite des améliorations".

<sup>199</sup> En relación con la propiedad de las construcciones existentes, Marty señala que no es posible que el arrendador mantenga la propiedad de las mismas, sino que el legislador ha introducido un derecho de superficie temporal según una formula habitual en el arrendamiento con dominio reversible (bail à domaine congéable). Marty: La dissociation juridique de l'immuable... Cit. Pag. 250

<sup>200</sup> Saint-Alary: Bail à construction... Cit. Pag. 7

decir, se admite la validez de todo pacto contrario a dicho principio.<sup>201</sup> Así es posible, al contrario que lo establecido en la disposición legal y en base al acuerdo adoptado por las partes, que a la expiración del contrato no solamente las construcciones permanezcan en propiedad del inquilino, sino que además éste adquiera la propiedad del terreno. Lo que supone que dicha estipulación transforma la calificación de este contrato de arrendamiento al prever que a su término el inquilino adquirirá la propiedad de las construcciones y del terreno sobre el que se alzan. Otra posición que puede adoptarse, es que el arrendador e inquilino decidan que a la expiración del arrendamiento, el terreno y las construcciones serán adquiridas en régimen de copropiedad.<sup>202</sup>

B.- Existencia o no de la indemnización tras la reversión.

Otro de los efectos que produce la extinción del derecho de superficie, es la existencia o no de obligación por parte del concedente de pagar una INDEMNIZACION al superficiario por el valor de la construcción.

La duda sobre la existencia de este efecto se produjo como consecuencia de las reformas de las leyes urbanísticas. En el art. 161-2º último inciso de la Ley de 1956, se establecía que "en defecto de pacto, deberá satisfacer al superficiario una indemnización equivalente al valor de la construcción". Efecto que se producía en la mayor parte de los casos tras la extinción del derecho: expiración del plazo, mutuo disenso, condición resolutoria pactada, y en el supuesto de resolución del título constitutivo por el incumplimiento de la obligación

---

<sup>201</sup> Art. 251-2 Code de la construction et de l'habitation: "Les parties conviennent de leurs droits respectifs de propriété sur les constructions existantes et sur les constructions modifiées. A défaut d'une telle convention, le bailleur en devient propriétaire en fin de bail et profite des améliorations". En base al art. 251-8 no estamos ante una disposición de orden público por lo que se admite el pacto en contrario. Art. 251-8 Code de la construction...: "Les dispositions des troisième et quatrième alinéas de l'article L.251-3, ainsi que celles de l'avant-dernier alinéa, de l'article L.251-5 sont d'ordre public".

<sup>202</sup> Saint-Alary: Bail à construction... Cit. Pag. 7.

de construir en el plazo pactado. De esta forma y siguiendo la normativa establecida, tras la reversión de la propiedad superficiaria el dueño del suelo estaba obligado a indemnizar al superficiario por el valor de la construcción, formando parte esta obligación del contenido mismo del derecho. Sin embargo, al no ser una norma de ius cogens, como señalaba el precepto, podía pactarse lo contrario. Criterio de inexistencia de indemnización que se mantendrá posteriormente en las leyes de 1976 y 1992.<sup>203</sup>

La introducción de este precepto supone un cambio radical en la obligación del concedente del derecho. Pero, ¿es posible que las partes pacten lo contrario, es decir, el derecho de indemnización al superficiario tras la reversión de su propiedad superficiaria? Al no ser la norma contenida en el art. 173-2º de ius cogens, es posible admitir el pacto por el que el dueño del suelo se obliga a indemnizar al superficiario tras la reversión. Sin embargo el cambio nos lleva a preguntarnos acerca de ¿cuáles han sido las razones de la reforma? y ¿qué finalidad pretendía el legislador? La única respuesta posible es la consideración por parte del legislador de la existencia de un equilibrio entre las partes sin necesidad de indemnización alguna en favor del superficiario. Cuestión diferente es que las partes lo pacten expresamente.

Y, ¿cuál es el panorama en el Derecho Comparado? En el Derecho francés, y en relación con el arrendamiento para construir, no se precisa en el art. 251-2 si el arrendador debe o no indemnizar al inquilino. Sin embargo, no se prevé como regla general ninguna carga de indemnización sobre el arrendador.<sup>204</sup>

---

<sup>203</sup> Art. 173-2º Ley del Suelo de 1976: "Cuando se extinga el derecho de superficie por haber transcurrido el plazo, el dueño del suelo hará suya la propiedad de lo edificado sin que deba satisfacer indemnización alguna, cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiese constituido aquel derecho." Precepto que en la actual reforma de 1992 de la Ley del Suelo pasa a forma parte del contenido del art. 289- 3º.

<sup>204</sup> Saint-Alary: Bail à construction... Cit. Pag. 7

Frente a ello, en el Derecho portugués existe esta obligación, incluso desde la Ley urbanística de 1948, donde se establecía que "el superficiario tiene asegurado el derecho a ser indemnizado en las condiciones pactadas, cuando al término del derecho de superficie la propiedad del edificio pase al propietario del suelo".<sup>205</sup> En el Código civil actual, y para la modalidad urbana, también se contempla la indemnización del superficiario como un derecho de éste, pero sólo cuando se extinga el derecho por el transcurso del plazo. No obstante en el título constitutivo puede pactarse la inexistencia de indemnización.<sup>206</sup>

C.- Derechos reales y personales de los terceros constituidos por el superficiario.

En relación con los DERECHOS REALES CONSTITUIDOS POR EL SUPERFICIARIO debemos distinguir entre:

- aquellos derechos transferidos por el superficiario antes de realizar la construcción como, por ejemplo: el derecho de construir transferido a otro sujeto distinto del primer superficiario; el derecho de sobreedificar la construcción que llevará a cabo el superficiario y la hipoteca constituida sobre el derecho de construir.<sup>207</sup>

- de aquellos que recaén sobre la construcción ya existente como, por ejemplo, el

---

<sup>205</sup> Ley 2030 de 6 de junio de 1948. Art. 24-1º: "Ao superficiário sao assegurados: b) O direito de ser indemnizado, nas condições convencionadas, quando, no termo do direito de superfície, a propriedade do edificio passar para o proprietário do solo ou quando se der a reversão nos termos do nº 2 do artigo 27".

<sup>206</sup> Artigo 1538 Código Civil: "Extinção pelo decurso do prazo: 2º Salvo estipulação em contrário, o superficiário tem, nesse caso, direito a uma indemnização, calculada segundo as regras do enriquecimento sem causa."

<sup>207</sup> La hipoteca constituida por el superficiario puede recaer sobre el derecho a construir o sobre la propiedad superficiaria.

Si la hipoteca recaé sobre el derecho a construir y la edificación se realiza, para que el gravamen se extienda a aquella deberá haberse pactado expresamente en la escritura de hipoteca.

Si así se pacta, y el acreedor hipotecario ejecuta la garantía antes de realizarse la edificación planeada, el titular del derecho real, el superficiario, tendrá que cumplir con la obligación de realizarla de acuerdo "al plazo y modo previstos".

derecho de propiedad sobre la construcción con el correlativo derecho de mantenerla sobre el suelo ajeno; el derecho de sobreedificar sobre la construcción ya completa y preexistente; la propiedad de las nuevas plantas construidas sobre la construcción preexistente que pertenecía al superficiario y el derecho de mantenerlas sobre ésta e indirectamente sobre el suelo; la hipoteca sobre la construcción; el usufructo; el uso; la habitación que graven parte de la construcción y la servidumbre a cargo de la construcción.

Una vez expuesto los posibles derechos susceptibles de cesión a un tercero debemos estudiar la evolución legislativa de esta cuestión. En el art. 161-3º de la Ley del Suelo de 1956, se determinaba que:

"la extinción del derecho de superficie por decurso del término provocará la de los derechos reales impuestos por el superficiario, pero si el superficiario tuviere derecho a indemnización, ésta quedará subrogada en los de garantía".

El matiz fundamental de este precepto se encontraba en que sólo se refiere a la extinción del derecho de superficie por el transcurso del plazo pactado. Lo cual parece significar, que en las otras causas extintivas de la figura, los derechos reales podrían seguir gravando separadamente la superficie.<sup>208</sup> De esta forma los efectos serán distintos según la causa que origine la extinción del derecho. Opinión que encuentra su apoyo en el apartado 4º de dicho art. 161, que señalaba para el caso de confusión de derechos, que:

"si se reunieran en la misma persona los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, los derechos reales que recayeran sobre uno y otro continuarán gravándolos separadamente".

Con la Ley del Suelo de 1976 no se solucionó este problema, pues el art. 173 apartado 3º únicamente se limitó a redactar del mismo modo el precepto anteriormente

---

<sup>208</sup> En el mismo sentido, pero no para los que gravan el suelo, la regulación legal italiana: Art. 954 párrafo 1º del Codice Civile: "L'estinzione del diritto di superficie per scadenza del termine importa l'estinzione dei diritti reali imposti dal superficiario. I diritti gravanti sul suolo si estendono alla costruzione, salvo, per le ipoteche, il disposto del primo comma dell'art. 2816".



comentado haciendo referencia a que:

"la extinción del derecho de superficie por decurso del término provocará la de toda clase de derechos reales o personales (pero añadiéndose éste término al que haremos referencia a continuación) impuestos por el superficiario".

Y en el apartado 4º se señala que:

"si por cualquier otra causa se reunieran en la misma persona los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente".

Textos que se mantienen iguales en el art. 289- 4º y 5º de la Ley del Suelo de 1992.

A mi juicio la diferenciación entre las distintas causas de extinción puede explicarse en base a que los derechos reales creados por el superficiario nacen con una expectativa de vida temporal, que se supone finalizará cuando se extinga el derecho de superficie que los posibilita. Sin embargo, cuando se produce la confusión del derecho de superficie y de la propiedad del suelo, estos derechos que, como decimos, han nacido por un periodo temporal determinado, pueden continuar existiendo sin que se vea reducido o ampliado su contenido.

En el sistema italiano, el art. 954 del Codice Civile, dispone que la extinción del derecho de superficie por el transcurso del tiempo, supone la de los derechos reales constituidos por el superficiario.

En el Derecho francés también se establece que los privilegios e hipotecas consentidas por el inquilino se extinguen tras la resolución del contrato. (Art. 251-3 C. constr. et hab.). En el mismo sentido el art. 251-6º párrafo 2º aplica este principio disponiendo que si el arrendamiento llega a su fin por resolución judicial o amistosa, los privilegios e hipotecas mencionadas en el apartado anterior e inscritas, según el caso, se resolverán o antes de la publicación de la demanda, o antes de la publicación del acto o del

convenio, no extinguiéndose en la fecha primitivamente convenida para la expiración del arrendamiento.<sup>209</sup> A juicio de Saint-Alary,<sup>210</sup> la razón de esta disposición se encuentra en que el legislador ha tratado de proteger a los acreedores hipotecarios o privilegiados que tienen cierta seguridad temporal, pero que su duración es igual a la inicialmente prevista para el arrendamiento.<sup>211</sup>

En el Código Civil portugués se establece que la extinción del derecho de superficie por el transcurso del plazo fijado, supone la extinción de los derechos de goce o de garantía constituidos por el superficiario en beneficio de tercero.<sup>212</sup> Por otro lado contiene un precepto que salvaguarda a los titulares de los derechos reales constituidos, es el que establece la permanencia de los mismos cuando se produzca la extinción del derecho de

---

<sup>209</sup> Art. 251-6 párrafo 2º C. constr. et hab.

"Si le bail prend fin par résiliation judiciaire ou amiable, les privilèges et hypothèques mentionnés au précédent alinéa et inscrits, suivant le cas, avant la publication de la demande en justice tendant à obtenir cette résiliation ou avant la publication de l'acte ou de la convention la constatant, ne s'éteignent qu'à la date primitivement convenue pour l'expiration du bail".

<sup>210</sup> Saint-Alary: Bail à construction... Cit. Pag. 7

<sup>211</sup> Pero esta postura puede crear graves problemas en su aplicación. Y ello porque si el inquilino de un arrendamiento no reembolsa el préstamo hipotecario, el acreedor puede adjudicarse el bien hipotecado, llegando a convertirse en propietario del mismo por el tiempo restante, es decir por el periodo inicialmente previsto para el arrendamiento.

Es posible plantearse sí en este caso el contrato puede resolverse, y el arrendador puede llegar a convertirse en dueño de la construcción gravada. Parece ser que esta situación jamás se ha dado en la práctica jurisprudencial francesa y según Saint-Alary, no es posible que pueda resolverse por un acuerdo entre el arrendador y el adjudicatario sobre la conclusión del arrendamiento por el periodo que falte de transcurrir.

<sup>212</sup> Art. 1539-1º- Código Civil portugués:

"1º.- a extinção do direito de superfície pelo decurso do prazo fixado importa a extinção dos direitos reais de gozo ou de garantia constituídos pelo superficiário em benefício de terceiro".

superficie perpetuo, o el temporal antes del decurso de su plazo.<sup>213</sup>

La cuestión es diferente en relación con los DERECHOS PERSONALES CONSTITUIDOS POR EL SUPERFICIARIO. La Ley del Suelo de 1956 no hacía referencia alguna a ellos como, por ejemplo, al derecho de arrendamiento. ¿Qué es lo que ocurría con estos derechos personales tras la extinción del derecho de superficie? ¿Continuaba existiendo el arrendamiento sobre la construcción superficiaria, tras la extinción del derecho y la reversión de aquella al concedente? La doctrina mantuvo diversas posturas para tratar de resolver el silencio normativo. Así Guilarte,<sup>214</sup> opinaba que los derechos personales, como el arrendamiento, se desenvolvían de manera normal mientras durase el derecho de superficie, surgiendo los problemas con la extinción de éste, pues la regla general establece "resoluto ius dantis resolvitur est ius accipientis".

Sin embargo, continuaba diciendo este autor, que siguiendo la Ley de Arrendamientos Urbanos y la Ley de Arrendamientos Rusticos,<sup>215</sup> esta regla no tenía aplicación. Así, en las fincas urbanas sometidas a la Ley especial, se aplicaría analógicamente la causa 12 del art. 114 en cuanto que establece que en los casos de extinción del usufructo, se resolverá el arrendamiento cuando el titular dominical pruebe que las condiciones pactadas por el usufructuario anterior fueren notoriamente gravosas para la propiedad. Y en el caso de que el arrendamiento estuviese sometido a la Ley común se aplicaría el art. 1.571 del Código Civil.

---

<sup>213</sup> Art. 1541 Código Civil: "Permanência dos direitos reais: Extinguindo-se o direito de superfície perpétuo, ou temporário antes do decurso do prazo, os direitos reais constituídos sobre a superfície ou sobre o solo continuam a noerar separadamente as duas parcelas, como se nao tivesse havido extinção, sem prejuízo da aplicação das disposições dos artigos anteriores logo que o prazo decorra."

<sup>214</sup> Guilarte: El derecho de superficie... Cit. Pag. 293 y 294.

<sup>215</sup> Para el supuesto del derecho de superficie rustica.

De los Mozos,<sup>216</sup> entendía que no había que diferenciar el tratamiento de los derechos personales y reales, cómo así se estableció en la Reforma de la Ley del Suelo de 1976. Tras la cual, en principio, parecía que se iban a reducir los problemas, pues con un criterio generalizador el art. 173 apartado 3º señaló que la extinción del derecho de superficie por decurso del término provoca la extinción de toda clase de derechos reales y personales impuestos por el superficiario. Términos idénticos a los recogidos hoy por el art. 289- 4º de la Ley del Suelo de 1992.

Pero si el derecho de superficie se extingue por otra causa, como confusión o consolidación, (o las que afectan a cualquier derecho real: renuncia, mutuo acuerdo, condición resolutoria)... etc, las cargas que recayesen sobre uno u otro derecho, continuarán gravándolos separadamente, como así mismo señala el apartado siguiente.<sup>217</sup>

El ordenamiento jurídico italiano contiene una regla similar.<sup>218</sup> En el momento de extinción de la superficie por el transcurso del término, los contratos de arrendamiento cuyo objeto es la construcción, no cesan inmediatamente, sino que tienen por duración el año en curso en que se produce la extinción del derecho de superficie. Llegado este momento el arrendamiento cesa automáticamente sin necesidad de desahucio.<sup>219</sup> ¿Qué ocurre si el arrendamiento está sometido a prórroga legal? En ese caso el vínculo incide sobre el propietario del suelo, no operando la disposición que estamos viendo. Para que

---

<sup>216</sup> De los Mozos: El derecho de superficie... Cit. Pag. 342.

<sup>217</sup> Ley del Suelo de 1976: Art. 173-4º: "Si por cualquier otra causa se reunieran en la misma persona los derechos de propiedad del suelo y del superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente."

<sup>218</sup> Art. 954-2 Codice Civile: "I contratti di locazione, che hanno per oggetto la costruzione, non durano se non per l'anno in corso alla scadenza del termine."

<sup>219</sup> Pugliese: Superficie... Cit. Pag. 610, Quaranta y Preden: Superficie... Cit. Pag. 57, Cendon: Superficie... Cit. Pag. 270.

el arrendamiento sea oponible al dueño del suelo, aquél debe resultar de acto público o escritura privada de fecha cierta anterior a la extinción del derecho de superficie, por aplicación analógica al supuesto del arrendamiento del usufructuario.

Examinada la distinta regulación del ordenamiento italiano y español, entendemos que la mejor solución es la adoptada por el nuestro, es decir, la extinción de todos los derechos personales impuestos por el superficiario, tras la extinción del derecho de superficie. Y ello porque así se evita la reversión de la propiedad superficiaria a manos del concedente con una carga como es el inquilino con "prórroga legal". No deberá permitirse en ningún momento que el superficiario pacte un derecho de arrendamiento con esta prórroga, en base siempre a que él mismo es un propietario "ad tempus".<sup>220</sup>

En conclusión, el superficiario solamente podrá constituir derechos de carácter real y personal durante la vigencia de su propiedad, salvo que las partes convengan lo contrario. Aunque como ya hemos señalado con anterioridad cuando se produce la extinción "anticipada" del derecho de superficie, y habiendo nacido estos derechos con una expectativa de vida determinada, estos continuarán existiendo sin que se vea reducido o ampliado su contenido, salvo que se hubiese pactado otra cosa.

D.- Derechos reales de los terceros constituidos por el dueño del suelo.

Por último debemos detenernos en el estudio de los GRAVAMENES EXISTENTES SOBRE EL TERRENO.

Tal y como ya señalamos cuando hacíamos referencia a los derechos del concedente sobre

---

<sup>220</sup> Y así precisamente lo ha entendido el legislador, en el actual Proyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos, pues en el Capítulo segundo del Título II referido a los arrendamientos de viviendas, el artículo 9, que trata el tema de la duración del arrendamiento en casos especiales, establece que:

"Los **arrendamientos otorgados por usufructuarios, superficiarios y cuantos** tengan un análogo derecho de goce sobre el inmueble, se extinguirán al término del derecho del arrendador".

el suelo, éste puede gravarlo tanto con anterioridad a la constitución del derecho de superficie como con posterioridad. Vamos a estudiar los dos supuestos separadamente.

- Los derechos reales de garantía<sup>221</sup> que graven el terreno con **anterioridad a la constitución del derecho de superficie**, tras su extinción, no se extenderán a la propiedad superficiaria, salvo que se haya pactado expresamente en la escritura de hipoteca su extensión. Y ello porque en principio el precepto legal señala que "continuarán gravándose separadamente", pero también hemos de añadir razones de lógica, pues no cabe que un derecho de hipoteca que recaé sobre el suelo, se extienda con posterioridad a la constitución y extinción del derecho de superficie, al ser de un contenido superior al que se pactó, por la existencia de una edificación. Esta cuestión puede resultar más compleja, si dicha hipoteca implica la afección real del ius aedificandi, -lo cual deberá determinarse expresamente. De esta manera, si se constituye con posterioridad el derecho de superficie, que en definitiva supone la transmisión de ese derecho a construir ya gravado al superficiario, se producirá una subrogación real de los nuevos pisos en la garantía hipotecaria tras la extinción del derecho, pues durante la vida del mismo el propietario es otra persona distinta al concedente.<sup>222</sup>

---

<sup>221</sup> Tal y como ya señalé cuando analizamos los derechos del concedente del derecho, entiendo que no es posible que sobre el suelo existan derechos de uso que puedan continuar vigentes cuando se pacte el derecho de superficie; y ello porque para la concesión del mismo, el dueño del suelo debe tener no sólo la propiedad sino también el goce de la superficie que es lo que se transmite en el derecho de superficie: el derecho de edificar y, por consiguiente, el goce del suelo sobre el que se alza la edificación. Sin embargo, no olvidemos que hay autores como Guilarte que mantiene la posibilidad de que existan derechos de uso anteriores al de superficie, compatibles con él, los cuales continuarán vigentes tras la constitución y posterior extinción de éste, salvo que se haya pactado lo contrario.

<sup>222</sup> Guilarte (El derecho de superficie... Cit. Pag. 289) señala que puede no haberse pactado tal extensión a las construcciones, de manera que éstas no caerán dentro del ámbito de la garantía, siéndole "indiferente cualquier tratamiento al acreedor hipotecario". Continúa señalando que "en síntesis, el problema debe ser resuelto si no existe perjuicio

La cuestión en Derecho Comparado es diferente. En la última parte del párrafo 1 del art. 954 del Codice Civile, se dispone que los derechos que gravan al suelo se extienden a la construcción,<sup>223</sup> salvo la cuestión de las hipotecas que sigue un régimen especial establecido en el art 2.816 del Codice Civile.<sup>224</sup> Tanto los derechos como la hipoteca a que se refiere el artículo son los constituidos por el dueño del suelo una vez pactado el derecho de superficie.<sup>225</sup> Además en relación con la hipoteca sobre el derecho de construir o sobre la construcción, hay que señalar que la doctrina italiana,<sup>226</sup> mantiene en el supuesto de reversión de la construcción superficiaria al dueño del suelo, si el superficiario tiene derecho a la indemnización cuantificada en el valor de aquella, la hipoteca se resuelve con la indemnización misma. Porque no se excluye que el derecho a la indemnización sea a su vez garantía de hipoteca, aunque también es posible que el crédito hipotecario no cubra los daños, o que éstos se limiten a la eventual diferencia entre el

---

que disminuya la garantía, en base de los arts. 110 y 112 de la L.H. es decir, sin que se extienda la hipoteca a las construcciones. Si por el contrario, se opera una disminución de la garantía, la solución debe ser, o estimar que el acreedor hipotecario puede ejercitar la acción de devastación o bien entender que el principio de accesión no queda ineficaz frente al acreedor hipotecario..”.

<sup>223</sup> Según la doctrina italiana (Pugliese: Superficie... Cit. pag. 611; Quaranta y Preden: Superficie... Cit. Pag. 56), el argumento se encuentra en que al revertir la propiedad superficiaria al dueño del suelo, se convierten suelo y edificación en una sola.

<sup>224</sup> Artículo que dispone que la hipoteca inscrita sobre el terreno no se extenderá a la superficie.

<sup>225</sup> La hipoteca constituida por el dueño del suelo con anterioridad al derecho, sigue los planteamientos del art. 2812 del Codice Civile que considera al superficiario como a cualquier tercero adquirente del suelo. Tal hipoteca si se extiende a la construcción dentro del art. 2811. En cambio el derecho de superficie constituido después de la inscripción de la hipoteca, no es oponible al acreedor hipotecario el cual se beneficia de la extensión de su garantía al extenderse a la construcción.

<sup>226</sup> Pugliese: Superficie... Cit. Pag 610, Quaranta y Preden: Superficie... Cit. Pag. 55 y Cendon: Superficie... Cit. Pag. 270.

importe de la indemnización y el valor de la construcción.

Por otro lado, frente al criterio mantenido en nuestro Derecho, en el Código Civil portugués se señala en términos generales que, si estos derechos reales son constituidos por el propietario sobre el suelo, se extienden a la construcción cuando transcurra el plazo por el que se constituyó el derecho.<sup>227</sup>

En el supuesto contrario, es decir si el concedente del derecho pacta su extensión a las construcciones, puede plantearse dos situaciones. Por un lado, que el vencimiento de la hipoteca sea posterior a la duración del derecho de superficie. En tal caso, no se produce ninguna disminución de la garantía hipotecaria.

Por otro lado, esa disminución sí se producirá, si pactada la hipoteca con el dueño del suelo éste concede el derecho de superficie, perteneciendo las edificaciones a personas distintas del deudor hipotecario. En tal supuesto, el acreedor hipotecario tiene dos soluciones, que han sido expuestos por Gullón:<sup>228</sup>

La primera consiste en considerar que frente al acreedor los actos dispositivos realizados por el concedente del derecho con posterioridad a su derecho de hipoteca no son eficaces, en base al vínculo de indisponibilidad que la hipoteca crea sobre el bien gravado. De manera que la derogación de las reglas de la accesión para la creación del derecho de superficie, no se da en relación con el acreedor hipotecario, considerándose la construcción desde la perspectiva del dueño del fundo, es decir como una mejora realizada sobre el suelo. Porque en caso contrario, como señala acertadamente Gullón, la renuncia de la

---

<sup>227</sup> Art. 1540 del Código Civil portugués: "Os direitos reais constituídos pelo proprietário sobre o solo estendem-se à obra e às árvores adquiridas nos termos do artigo 1538".

<sup>228</sup> Gullón Ballesteros: El contenido de la relación jurídica superficiaria... Cit. Pag. 247 y 248.



accesión sería hecha en perjuicio de tercero, es decir del acreedor hipotecario, que en base al art. 6-2 C.C. está privada de eficacia (aunque como Gullón escribe antes de la Reforma del Título Preliminar del Código, hace referencia al art. 4 del citado texto). Además hay que incidir en que al acreedor hipotecario nunca le perjudican los derechos reales que no estén inscritos con anterioridad a su derecho.

La otra solución aportada por Gullón, radica en que el acreedor puede utilizar la acción de devastación del art. 117 L.H., cuya causa se encuentra en la realización de un acto jurídico -el derecho de superficie- que disminuye materialmente la garantía de la hipoteca, y, por consiguiente, no cubre la responsabilidad total asegurada. En tal caso, el acreedor hipotecario puede solicitar que se declare vencido el crédito, o la administración judicial, la ampliación de la hipoteca a otros bienes del deudor, o cualquier otra medida que resulte oportuna.<sup>229</sup>

- Cuando el dominus soli, **después de haber concedido el derecho de superficie**, grava el terreno, es decir, únicamente su propiedad con una hipoteca u otro derecho real, al extinguirse el derecho de superficie por caducidad, o por otras causas, a mi juicio estos gravámenes tampoco tienen por qué extenderse a la propiedad superficiaria (ni en el supuesto de que la hipoteca se extinga con anterioridad o con posterioridad). El porqué radica en que hemos calificado a la propiedad superficiaria como propiedad separada, es

---

<sup>229</sup> Es interesante el estudio que sobre este punto realiza Gullón, al señalar la posibilidad de aplicar el art. 219 R.H. (referente a la constitución del arrendamiento sobre la finca con posterioridad al establecimiento de la hipoteca) al caso concreto del derecho de superficie, sobre todo si tiene la garantía un vencimiento anterior al derecho de superficie. Por ello continúa, que la capitalización exigida por el art. 219 es factible cuando la contraprestación del superficiario se ha pactado en forma de canon periódico, o de reversión gratuita de la propiedad superficiaria al dueño del suelo. Pero si se ha pactado de forma gratuita, o la contraprestación consiste en una cantidad alzada que el concedente-deudor ya percibió, en tal caso si que se puede presumir que se realizó con el fin de producir una disminución en la garantía.

decir distinta del suelo. De manera que a la extinción del derecho de superficie cuando la propiedad del edificio revierta al concedente del derecho, ésta lo hará libre de cargas y, a su vez, no se la podrán imponer las cargas que tengan el suelo, porque estos se han impuesto únicamente sobre la propiedad separada del suelo (siendo indiferente el conocimiento de la existencia del derecho de superficie) y, por consiguiente, de la propiedad superficiaria.<sup>230</sup>

---

<sup>230</sup> Roca Sastre (Ensayo sobre el derecho de superficie... Cit. Pag. 66) mantiene el criterio contrario de extensión de cargas y gravámenes a la propiedad superficiaria tras la extinción del derecho por caducidad y su reversión. Pero si ésta se produce por otras causas, en base a lo establecido en la Ley del Suelo, tanto la hipoteca como los derechos reales continuarán gravando separadamente cada derecho.

## **CAPITULO QUINTO**

### **ALGUNAS CUESTIONES PARTICULARES DE LA CONCESION**

#### **DEL DERECHO DE SUPERFICIE**

**I.- TEMPORALIDAD DEL DERECHO DE SUPERFICIE.** 1.-Planteamiento del problema: derecho temporal o derecho perpetuo. A.- Fundamento de la temporalidad en nuestro ordenamiento jurídico. B.- Situación en el Derecho Comparado. C.- Conclusiones. 2.- Plazos de duración del derecho A.- Introducción. B.- Regulación legal: Diversidad de plazos y fundamentación de los mismos. C.- Situación en el Derecho Comparado. D.- Naturaleza de los plazos. 3.- Estudio de la validez del pacto de prórroga del plazo. A.- Planteamiento de la cuestión. B.- Situación en el Derecho Comparado.

**II.-REVERSION DE LA PROPIEDAD SUPERFICIARIA.** 1.- Fundamento de la reversión. A.- Regulación legal, posiciones doctrinales y jurisprudenciales. B.- Posición del Derecho Comparado. 2.- Existencia del pacto de adquisición del suelo por el superficiario. 3.- Reversión parcial. 4.- Pacto de conversión del derecho de superficie en arrendamiento.

**III.- ONEROSIDAD O GRATUIDAD EN EL DERECHO DE SUPERFICIE** 1.- Introducción. 2.- Objeto de la contraprestación en el Derecho español. Exposición y comparación con la situación en Derecho Comparado. A.- Constitución a título oneroso. B.- Cuestiones relacionadas con la contraprestación. a.- Naturaleza de la obligación de pagar el canon. b.- Transmisibilidad de la obligación de pagar el canon. c.- Falta de pago de los cánones vencidos. Efectos. C.- Reversión gratuita de la propiedad superficiaria. D.- Forma de la contraprestación en Derecho Comparado E.- Constitución a título gratuito. 3.- Supresión de la obligación de indemnización.

**IV.- FACULTAD DE DISPOSICION DEL SUPERFICIARIO Y LIMITACIONES A LA MISMA.** 1.-Facultad de disposición. A.- Estudio legislativo, doctrinal y jurisprudencial. B.- Situación en el Derecho Comparado. 3.- Ambito de la facultad de disposición. A.- Constitución de derechos reales de goce. B.- Constitución de derechos reales de garantía. 4.- Limitaciones a la facultad de disponer y gravar. A.- Clases. B.- Contenido, fundamento y efectos de las limitaciones. C.- Acceso de las limitaciones al Registro. Efectos. 5.- Derechos de tanteo y retracto. A.- Regulación legal. a.- Fundamento actual. b.- Situación en el Derecho Comparado.

## I.- TEMPORALIDAD DEL DERECHO DE SUPERFICIE

### **1.- Planteamiento del problema: derecho temporal o derecho perpetuo.**

Uno de los puntos de estudio esencial para llegar a conocer la configuración del derecho de superficie, radica en el carácter temporal o perpetuo que se le otorgue. De ahí que en torno a la duración del derecho de superficie existan una multitud de problemas que se verán aumentados, además, por la distinta consideración que se tenga de la figura.

La disyuntiva establecida puede originar la desmembración de la propiedad, si se considera como elemento esencial del derecho la perpetuidad; o simplemente, la creación de una propiedad temporal sobre fundo ajeno si le hemos otorgado una duración limitada.

En nuestro ordenamiento jurídico, -tanto en la Ley del Suelo como en el Reglamento Hipotecario- el legislador ha configurado la modalidad urbanística del derecho de superficie, como un derecho real de carácter temporal que origina una propiedad superficiaria separada.<sup>1</sup> En cuanto a la modalidad urbana, además de constituirse el derecho de superficie con carácter temporal, la cuestión a determinar radica en si es posible que las partes pacten su perpetuidad. En principio podría pensarse que la misma resulta innegable en base a la autonomía de la voluntad y a los preceptos existentes en el Código Civil, que la doctrina, aunque no nosotros, aplica a la institución para su regulación.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Nos estamos refiriendo tanto al derecho de superficie otorgado como derecho a edificar en fundo ajeno, como al derecho de superficie con edificación ya existente; es decir, que el edificio sea adquirido y gozado en derecho de superficie en virtud de la transmisión separada del dominio del suelo. En el mismo sentido lo entiende la doctrina italiana. (Quaranta y Preden: Superficie. Commentario teórico-práctico al Codice Civile diretto da Vittorio de Martino. Roma. 1972. Pag. 51; Pugliese: Superficie. Commentario del Codice civile de Scialoja-Branca. Libro Terzo. Della Propietta. 4ª ed. Bologna-Roma. 1976. Pag 605; y Cendon: Superficie. Commentario al Codice Civile. Diretto da Paolo Cendon. Vol.III. Art. 810 - 1172. Utet. 1991. Pag. 268).

<sup>2</sup> No obstante, aunque no creemos que dicho artículo sea aplicable, es necesario señalar como al utilizar el Código Civil en su art. 1655 la expresión que "cualesquiera otros gravámenes de naturaleza análoga, cuando sean por tiempo indefinido, se regirán por las

A juicio de la doctrina es posible mantener el carácter perpetuo en la modalidad urbana por su parecido con los censos. No obstante, a nuestro juicio, tal consideración quiebra por la propia configuración que mantenemos del derecho de superficie como derecho real, autónomo, que tiene una naturaleza distinta de los censos.

Aún manteniendo la diferenciación de ambas instituciones, podríamos afirmar -al menos desde el punto de vista teórico- dicho carácter perpetuo, aunque desde el punto de vista práctico la cuestión como veremos seguidamente es más que dudosa.

No debemos olvidar que la modalidad urbana que surge como consecuencia de la autonomía de la voluntad de las partes no es ilimitada (1255 C.C.). El Código Civil en base a sus caracteres "de un liberalismo conservador y de un individualismo templado", mantiene que la autonomía de la voluntad encontraría como límite el espíritu latente en sus preceptos de ser contrario a la desmembración del derecho de propiedad, y, por consiguiente, de la constitución del derecho de superficie con carácter perpetuo pues se crearía un dominio del vuelo y otro del suelo.<sup>3</sup>

Creemos que dicha constitución tampoco será muy útil, ya que razones económicas hacen

---

disposiciones establecidas para el censo...", entendemos que el carácter **indefinido** significa, término impreciso o indeterminado, frente al concepto de **perpetuidad**, cuyo sentido implica una duración eterna o perenne.

Por otro lado, el art. 1608, relativo a los censos, utiliza ambos términos, aunque no debemos olvidar la actual regulación de los censos en Cataluña, donde el legislador está pensando en la redención de los mismos.

<sup>3</sup> Además la desmembración puede producirse con la utilización de otras figuras jurídicas. El ejemplo más claro de desmembración de dos dominios es la enfiteusis, cuya nota característica es la perpetuidad. Sin embargo, debido a la economía "cambiante e imprevisible incluso a medio plazo, como es la que nosotros vivimos, tal perpetuidad se hace muy difícil". Posibilitándose que el censatario redima el censo a su voluntad aunque se haya pactado su perpetuidad. Díez Picazo y Gullón: Sistema de Derecho Civil. Vol III. Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral. 6ª ed. Tecnos. Madrid. 1990. Es el espíritu existente también en la Ley de censos de Cataluña de 1990, que ya se recogía en la de 1945. Redimibilidad que posibilita una regulación menos gravosa para el censatario.

que la misma no resulte interesante, sobre todo para el concedente, pues evidentemente las partes buscarán un equilibrio entre sus intereses.<sup>4</sup>

Sin olvidar que el legislador urbanista, con buen criterio a nuestro juicio, señala el carácter temporal de la institución para su modalidad con plazos amplios. Y extralimitándose de su misión, fija el plazo de 99 años para la constitución del derecho de superficie por los particulares, argumento que unido a los anteriores nos dan la pauta para pensar que desde el punto de vista práctico la figura tendrá siempre un carácter temporal también en la modalidad urbana común.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo también ha recogido el criterio de la temporalidad de la institución, que generalmente es el adoptado por las partes, -pues se había pactado en los supuestos de hecho- como así se ha señalado en sentencias de **13 de febrero de 1942**,<sup>5</sup> **14 de mayo de 1987**,<sup>6</sup> y **6 de octubre de 1987**.<sup>7</sup>

En definitiva podemos concluir que el derecho de superficie se pactará generalmente

---

<sup>4</sup> No hace falta más que ver la escasa utilización de la figura objeto de estudio en nuestro país, hasta hace relativamente pocos años. Hoy no podemos olvidar que es precisamente la Administración pública, y principalmente los Municipios, los que más están haciendo uso de la misma, aunque los particulares que constituyen el derecho, pactan plazos determinados, huyendo del carácter indefinido o de la perpetuidad.

<sup>5</sup> **STS de 13 de febrero de 1942** (Rep. Aran 424). En ella se reconoce la existencia de un derecho de superficie, donde la dueña del suelo cedía al superficiario un solar por un plazo de 99 años, contrayendo el mismo determinadas obligaciones entre las que se encuentran: la de pagar un canon anual, el deber de construir un edificio, la reversión del mismo sin indemnización al expirar el plazo aludido de 99 años, el atender a los gastos de conservación y aseguramiento del edificio, el pago de contribuciones e impuestos recayentes sobre el mismo...

<sup>6</sup> **STS de 14 de mayo de 1987** (Rep. Aran. 3603). Se hace referencia a la constitución de un "derecho temporal de superficie".

<sup>7</sup> **STS de 6 de octubre de 1987** (Rep. Aran. 6720). Donde se concreta la temporalidad del derecho de superficie concedido a favor de la Sociedad recurrente por término de 17 años que vencían conforme a lo pactado el 31 de diciembre de 1981.

con carácter temporal, no sólo en la modalidad urbanística sino también en la modalidad urbana, en base al espíritu contrario del Código Civil a la desmembración de los dominios, además de por las razones económicas contrarias a la perpetuidad. Lo que no significa que no pueda constituirse perpetuamente.

A.- Fundamento de la temporalidad en nuestro ordenamiento jurídico.

La pregunta que cabe hacerse a continuación radica en determinar el fundamento de la limitación temporal, impuesta por las leyes urbanísticas actuales, y, que además, constituye el criterio adoptado generalmente por los particulares.

En el supuesto de que las leyes urbanísticas y el Reglamento Hipotecario, no hubiesen fijado plazo de duración alguno, tal vez no se hubiera pensado en su constitución a perpetuidad y ello principalmente por las razones que hemos expuesto de desmembración de los dominios, y, sobre todo económicas.

Al señalar las normas citadas plazos de duración determinados, entendemos que principalmente al legislador no le interesa dicha desmembración y ello no sólo porque la utilidad de la institución se basa en el fomento de la construcción sobre suelo integrante del Patrimonio Municipal, sino también por razones económicas.

Así encontramos el fundamento de la temporalidad de la institución, en la Exposición de Motivos de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, donde se recogen las razones que indujeron al Legislador a "reintroducir" y regular la figura, basándose, precisamente en la no perpetuidad de la misma.<sup>8</sup>

A mi juicio la razón de ser de la temporalidad se encuentra en que al aumentar el

---

<sup>8</sup> Se hace constar que "el fomento de la edificación no precisa, ni a veces aconseja, la enajenación de los terrenos, basta la constitución del derecho de superficie"... "figura que a la vez que facilita la construcción, evita la especulación de edificios y terrenos y reserva el aumento de valor para el propietario".

suelo Patrimonio Municipal, como consecuencia de las adquisiciones realizadas por el Ayuntamiento, se considera conveniente que dicho suelo no salga del Patrimonio, y, a su vez sea productivo. Y ahí es donde entra en juego la institución, pues a través de la cesión de suelo en derecho de superficie, el Ayuntamiento no se desprende de él, cumple los objetivos sociales marcados y, además, queda compensado con la reversión de la propiedad superficiaria, (evitándose costes y los múltiples problemas que supone tanto la edificación como el mantenimiento de la construcción).<sup>9</sup>

Creo que de estas últimas palabras se infiere claramente cómo el legislador está pensando en el propietario del suelo -Corporación Municipal- en el momento en que le revierta la propiedad superficiaria, y, por consiguiente, es lógico mantener la nota temporal de la figura que posibilita este traspaso de la propiedad. Además esta idea se reflejó, con posterioridad, en la Exposición de Motivos de la Ley del Suelo de 1976.<sup>10</sup>

Por otro lado es necesario señalar la postura adoptada por la **Compilación Foral**

---

<sup>9</sup> Vid: Martín Diez-Quijada (La cesión de solares por la Administración en régimen de derecho superficiario. RAP. 1974. Pag. 23 y ss); y De los Mozos (Urbanismo y Derecho. RDP. 1973. Pag. 989 u ss)

<sup>10</sup> Expresamente señalaba que "...el derecho de superficie como fórmula de disociación de la propiedad y del uso del suelo es una de las figuras que está mereciendo creciente atención en todos los países como instrumento de política del suelo. A cambio de una limitación temporal en el uso de los terrenos, (éstos) se obtienen a un menor coste..."Exposición de Motivos de la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de Reforma de la Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana. Apartado VIII.

Los mismos motivos, fueron objeto de discusión parlamentaria en la reforma previa de la Ley. Así, el Sr. **Rivas Guadilla**, señaló como una de las limitaciones a superar a través de esta reforma de la Ley "no sólo mediante la ampliación del objeto, sino también la finalidad y sobre todo, muy importante, la del **plazo**; también muy importante, el dar una mayor agilidad a las modalidades de contraprestación y sobre todo esta otra gran posibilidad de beneficios que se pueden otorgar, que se pueden conceder, que dan una gran agilidad a este derecho de superficie en el que se trata de establecer una fórmula de disociación, como parece que dice el preámbulo del proyecto de ley, entre la propiedad y el uso del suelo". Cortes españolas. Sesiones de Comisiones. Legislatura X. 1971-1977. T. 18. N°. 462. Pag 30.



de Navarra la cual no es coincidente con la regulación de la figura para el resto de España, ya que se posibilita tanto la temporalidad como su constitución a perpetuidad.<sup>11</sup>

Según Salinas Quijada,<sup>12</sup> la razón de ser de este precepto se encuentra a su juicio, en que el "Derecho navarro, al recibir la tradición del último Derecho romano, la superficie y en general los derechos similares pueden ser por tiempo indefinido".

Y, ¿cuál puede ser el fundamento actual de tal perpetuidad, después de lo que hemos argumentado respecto al resto del ordenamiento? Su razón de ser se encuentra, a mi juicio, en que se otorga más énfasis al derecho de propiedad objeto del mismo (propiedad superficiaria) que a su constitución como un derecho real sobre cosa ajena. Así, lo deducimos de su Ley 430 en relación con la 434.

En la primera se establece que el derecho real de superficie confiere la facultad de construir en suelo ajeno y de mantener separada la propiedad de lo construido; y la ley 434 mantiene que cuando la superficie se hubiere establecido por tiempo determinado, a su vencimiento lo edificado revertirá a la propiedad.

En definitiva, el legislador posibilita la desmembración de las dos propiedades, pero teniendo en cuenta que si las partes no desean tal perpetuidad, por ser contraria a sus intereses económicos, la figura se puede constituir temporalmente, y, por consiguiente, estarán interesados en que conste expresamente que la propiedad superficiaria revertirá al dueño del suelo. La perpetuidad se presume únicamente si no se ha dispuesto lo contrario.

La Jurisprudencia en relación con la Compilación se ha hecho eco indirectamente,

---

<sup>11</sup> La Ley 428 párrafo 2 señala que: "pueden establecerse por tiempo determinado o a perpetuidad, presumiéndose esto último si no se dispone lo contrario".

<sup>12</sup> Salinas Quijada: Derecho Civil de Navarra. T.III. Vol. II. Pamplona. 1974. Pag. 32.

de las dos posibilidades de constitución. Así, la STS de 1 de febrero de 1979, señala que "el derecho de superficie, en cuanto significa desmembración o grave limitación del dominio...". Y, la S. Aud. Prov. de Navarra de 30 de abril de 1986, que mantiene que "...el derecho real de superficie, tal como viene definido por la ley 430 del Fuero Nuevo, que no impide al dueño del suelo hacer suya "por reversión" la propiedad de lo edificado...".

#### B.- Situación en el Derecho Comparado

Pero, ¿cuál es la postura adoptada en otras legislaciones?.<sup>13</sup> En el derecho italiano se posibilita la constitución de este derecho con carácter perpetuo<sup>14</sup> tesis que se desprende, a sensu contrario, del art. 953 del Codice Civile que, en concreto, acuerda la constitución por tiempo determinado. Así, establece:

"que si la constitución del derecho se ha hecho por un tiempo determinado, al vencimiento del término, el derecho de superficie se extingue y el propietario del suelo se convierte en

---

<sup>13</sup> Fuentes Lojo (Suma de la propiedad por apartamentos. Nueva problemática legal, doctrinal y jurisprudencial. Bosch. Barcelona. 1985. Pag. 388) recoge la diversidad de plazos existentes en el Derecho comparado, o la ausencia de ellos. "La Ley Belga de 10 de enero de 1824 impone un plazo de duración máximo de 50 años y la Ley austriaca de 26 de abril de 1912 un mínimo de duración de 30 años y máximo de 80. En derecho ruso oscila entre 65 años para las construcciones de piedra y hormigón, 60 años para las mixtas y 50 como máximo para las de madera. El Código Holandés, en cambio, permite que pueda ser perpetuo, aunque el propietario del suelo, cuando nada se haya pactado, pueda después de los 30 años rescindirlo o denunciarlo con un año de antelación. El derecho inglés sigue esta tendencia, ya que el tiempo puede ser indefinido en un principio, aunque determinable posteriormente. Y el francés considera que es perpetuo por naturaleza, aun cuando nada se opone a que se pacte por tiempo limitado." Vid. Fuentes Lojo (Duración del derecho de superficie y del de sobreelevación. RJC. 1967. pags. 592 y ss)

<sup>14</sup> Trimarchi (Istituzioni di diritto privato. Sesta edizione. Milano. 1983. Pag. 573), con buen criterio a mi juicio, afirma que la nota de temporalidad del derecho de superficie presenta el inconveniente de que según se va aproximando el término del plazo, el superficiario se puede sentir inducido a descuidar el mantenimiento de la construcción. No obstante, entiendo que la solución a ese problema puede conseguirse con alguna cláusula de resolución anticipada en el título constitutivo del derecho o algún otro medio coactivo que no haga descuidar sus deberes para con la propiedad superficiaria.

propietario de la construcción".<sup>15</sup>

En el mismo sentido, en el derecho francés, la doctrina<sup>16</sup> considera que el derecho de superficie "es por su naturaleza, un derecho perpetuo". No obstante, la concreción actual de la figura en la regulación existente fija su carácter como temporal. Las excepciones al principio general de perpetuidad, resultan del modo de constitución de la superficie. De forma que, si se ha establecido a través de la figura del arrendamiento (ya sea con facultad para construir, o arrendamiento enfiteútico o comercial) o, por concesión inmobiliaria, el derecho es necesariamente temporal, mientras que si se ha realizado a través de una venta, el derecho es entonces perpetuo.

La postura del ordenamiento portugués es más amplia. En la Ley de 1948 se introduce por primera vez la modalidad urbanística con una duración temporal aunque con carácter prorrogable. Posteriormente, el Código Civil, que regula la modalidad urbana común, recogerá ambas posibilidades. Así, su artículo 1524, afirma expresamente que consiste en "la facultad de construir o mantener, perpetua o temporalmente, una obra en terreno ajeno..<sup>17</sup> y el art. 1538, prevé la extinción del derecho de superficie cuando éste

---

<sup>15</sup> Art. 953 Codice Civile:

Costituzione a tempo determinato: "Se la costituzione del diritto è stata fatta per un tempo determinato, allo scadere del termine il diritto di superficie si estingue e il proprietario del suolo diventa proprietario della costruzione".

<sup>16</sup> Saint-Alary: Superficie. Encyclopedie Dalloz. Jurisprudence Generale. Paris. 1989. Pag 3.

<sup>17</sup> En la primera ley que reguló la figura, la Ley 2030 de 6 de junio de 1948, aunque expresamente no se hacía referencia en ningún momento a la duración de la figura, se estaba pensando en la duración determinada, prorrogable (según las circunstancias contenidas en el art. 28, párrafos 1º, 2º y 3º). Con posterioridad el Art. 1524º del Código Civil dispuso:

"Noção: O direito de superfície consiste na faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantações."

se haya constituido por tiempo cierto.<sup>18</sup>

Además, el derecho de superficie se encuentra también regulado por la Lei dos Solos,<sup>19</sup> donde al igual que en posteriores decretos, -cuya finalidad es la construcción de viviendas o polígonos industriales a través del derecho de superficie-, se constituye por un tiempo determinado.

#### C.- Conclusiones

¿Qué significado tiene la temporalidad en el derecho de superficie? Del análisis que hemos realizado podemos observar cómo, en principio, la doctrina otorgaba un carácter perpetuo a la figura -en el derecho francés y en el derecho italiano- pero no se contenía en ninguna disposición legal. La razón de la perpetuidad en dichos ordenamientos estaba fundamentada en que se configura el derecho de superficie principalmente como una propiedad separada que surgía a través de un derecho real, pero el carácter de éste era secundario.

Las disposiciones posteriores, tanto dentro del ámbito civil -Código civil italiano de 1942, Código Civil portugués de 1966, Reglamento Hipotecario español de 1959 y Compilación de Navarra- como del ámbito urbanístico -legge Tognoli, bail à construction, Lei dos Solos y nuestra Ley del Suelo- imponen expresamente en unos casos el carácter temporal de la institución, matizándose en otros, junto con la posibilidad de perpetuidad ya vigente, su

---

<sup>18</sup> Artigo 1538 Código Civil.

"Extinção pelo decurso do prazo: 1. Sendo o direito de superfície constituído por certo tempo, o proprietário do solo, logo que expire o prazo, adquire a propriedade da obra ou das árvores".

<sup>19</sup> Decreto Lei nº 794/76, de 5 de Noviembre. Lei dos Solos. Tomado del Boletín Oficial del Congreso de los Diputados. Documentación. Suelo. Nº 76. Junio 1989. (Documentación preparada para la tramitación del Proyecto de Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo. Secretaria General del Congreso de los Diputados. Serie A. Nº 118-1 de 22 de mayo de 1989. Pag. 833.

carácter temporal.

La diferencia estriba en que cuando se pacta el derecho de superficie limitado en el tiempo, se constituye un derecho real en cosa ajena y una propiedad temporal resultante de aquél; mientras que si es por tiempo indefinido, el derecho de superficie aparece predominantemente como una propiedad separada. El ejemplo más claro, donde por sus especiales caracteres puede observarse con mayor nitidez, es en el ordenamiento francés, el cual posibilita el derecho de superficie a perpetuidad cuando se realiza mediante venta; mientras que si es objeto de un arrendamiento o una concesión inmobiliaria, es por tiempo determinado.

El Fuero de Navarra en esta línea, y como hemos visto, acepta y asume ambas posibilidades.

En nuestro ordenamiento tanto la modalidad urbana como la urbanística son esencialmente temporales ya que no se desea la desmembración del suelo, ni la limitación que supone la perpetuidad para la propiedad del suelo, ni resultaría interesante la institución sobre todo para el propietario del suelo, ni tampoco las circunstancias económicas la posibilitan.

Además en nuestro ordenamiento a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, no se configura el derecho únicamente como una propiedad separada, sino como un derecho real cuyo objeto es una propiedad separada pero de carácter temporal.

De la exposición que hemos realizado, tanto de la legislación extranjera como del estudio de nuestro ordenamiento jurídico, para la resolución de la disyuntiva que planteábamos al inicio, llegamos a la conclusión de que la duración del derecho de superficie se encontrará en íntima relación con el carácter que quieran otorgarle las partes, y siempre dentro de los límites legales propios de cada ordenamiento.

## 2.- Plazos de duración del derecho.

### A.- Introducción

Una vez establecida la constitución temporal del derecho de superficie, debemos analizar, la existencia o no de plazo en cada uno de los ordenamientos, y, el por qué de los mismos.

En conexión con este tema, cabe preguntarse si dichos plazos se hallan inmersos en normas de carácter imperativo o dispositivo.

En nuestro Derecho, y en base a las distintas leyes urbanísticas, la duración se deja al pacto de los contratantes, que son por un lado, las Corporaciones Municipales, el Estado y demás personas públicas, y, por otro lado, los particulares (Aunque obviamente dichos plazos son fijados por la Administración en contratos de adhesión).

En la modalidad urbanística se establece por vía legal un plazo máximo, como límite de la temporalidad, pasado el cual, se revitalizan las reglas de la accesión y la edificación superficiaria revierte al propietario del suelo.

Esta nota es la principal característica, y, consideramos que consustancial del derecho de superficie.

### B.- Regulación legal: Diversidad de plazos y fundamento de los mismos.

La primera Ley del Suelo, estableció como plazo máximo de duración del derecho de superficie, el de cincuenta años para el concedido por "el Estado y las demás personas públicas" (art. 161-1º).<sup>20</sup>

El Reglamento Hipotecario, siguiendo esta regulación marca en su art 16-1º el

---

<sup>20</sup> Aunque el **Proyecto de Ley** previo a dicha ley recogía otro plazo distinto: Art. 176: "El derecho de superficie se extinguirá por el transcurso del plazo que se hubiere determinado al constituirlo, que no podrá exceder de cuarenta y cinco años en el concedido por el Estado y demás personas públicas." Boletín Cortes españolas. 1955. N° 499. 23 de mayo de 1955. Pag. 9727.

mismo plazo.<sup>21</sup>

Más tarde la Ley del Suelo de 1976,<sup>22</sup> señala unos plazos más amplios para la constitución del derecho, llevando a cabo una regulación más detallada, pues otorga un plazo de setenta y cinco años para los concedidos por el Estado y demás entes públicos, y noventa y nueve para los concedidos por particulares (art. 173-1º). Lo que supone, a mi juicio, una derogación del plazo marcado por el Reglamento Hipotecario<sup>23</sup> además de, una intromisión en la modalidad urbana, al señalar el plazo de duración del derecho de superficie urbano sometido al ámbito del Código Civil.

La actual Ley del Suelo de 26 de junio de 1992, en su artículo 289 apartado 2º, no modifica ninguno de estos plazos.

Pero, ¿por qué la diversidad de plazos? ¿Se debe a razones históricas?, o ¿cabe pensar que son tan diferentes los intereses de las distintas partes, según haya sido creado

---

<sup>21</sup> Dicho art. 16-1º R.H., señala el límite temporal de la figura en 50 años, pero al no expresar nada más, se puede entender que se extiende dicho plazo no sólo a los derechos de superficie creados por el Estado y demás personas públicas, sino también a los creados por los particulares.

<sup>22</sup> Cuando se discute el Proyecto de Ley de la Reforma de la Ley del Suelo presentado a la Comisión del Congreso para su discusión, y en concreto cuando se está tratando el tema de la prórroga del plazo, el Sr. Martínez Emperador de la Ponencia, hace hincapie en la modificación introducida de elevación de los plazos respecto de la ley anterior. Así señala que "en la antigua ley, como se ha dicho antes, se establecía como plazo del derecho de superficie el de cincuenta años, y en este caso concreto se ha elevado a setenta y cinco para los entes públicos y noventa y nueve para los particulares." Cortes Españolas. Sesiones de Comisiones. Legislatura X. 1971-1977. T. 18. Nº 462. 25 de febrero de 1975. Pag. 33

Sin embargo en ningún momento de las discusiones parlamentarias se menciona o se hace referencia al por qué de la distinción de los plazos, ni al por qué de ese límite temporal concreto de 75 o 99 años.

<sup>23</sup> Queremos hacer constar que en ningún momento pasamos por alto el problema que constituye la delimitación del plazo de 50 años establecido por el Reglamento. Sin embargo no hemos querido detenernos en este punto pues ya nos hemos referido a él, en el Cap. Cuarto.

el derecho por el Estado, o por un particular?

En realidad, podemos afirmar que la diversidad de plazos no se debe a razones históricas. Y ello, porque basta recordar cómo inicialmente la superficie fue considerada análoga a los censos constituidos por tiempo perpetuo o indefinido; cómo posteriormente, el Código Civil no concreta nada al respecto al no regular la figura, y, cómo finalmente, la Ley del Suelo de 1956 otorga un plazo de 50 años en el derecho de superficie concedido por el Estado y demás personas públicas, mientras que la de 1976 diferenció entre 75 y 99 años cuando lo constituían el Estado o los particulares, plazos que continuaban vigentes tras la reforma de dicha Ley de 1992.

En cuanto a la segunda cuestión, no creo que haya diferencia de intereses entre los distintos otorgantes, (salvo los económicos ligados a la amortización de la inversión, cuestión a la que nos referiremos más adelante). Incluso a los propios particulares concedentes del derecho de superficie, -debido al propio límite de existencia del ser humano, y, con el fin de que la propiedad superficiaria les revierta durante su vida-, pensamos que, razonablemente, debería haberse fijado un límite máximo menor que el de 99 años señalado por la Ley del Suelo;<sup>24</sup> frente a la persona pública cuya existencia es superior, y, que desde el punto de vista social, podrían interesar unos plazos superiores al máximo fijado de 75 años.

Desde otra perspectiva, atendiendo al diferente objeto de la propiedad superficiaria, tampoco se encuentra el fundamento para la diversidad de los plazos. No es lógico pensar que cualquier centro o instalación creado con fines de interés social, cuya duración debería ser mayor debido a tales fines, tenga un plazo máximo de 75 años, frente a los derechos de superficie creados por los particulares, que normalmente redundarán en su propio

---

<sup>24</sup> Aunque también podría estar pensándose en los herederos.



beneficio, y es donde precisamente el plazo otorgado es mayor.

En principio, creemos que, la razón del aumento de 50 a 75 años en la concesión del derecho de superficie otorgado por la Administración, se debe a la obtención de un mayor plazo de tiempo con el fin de facilitar la amortización del valor del terreno cedido, habiéndose considerado este periodo como un plazo suficientemente largo para poder realizarla. Por otro lado, se deja a los particulares en libertad para la realización de unos plazos de amortización superiores, estableciendo el límite máximo de constitución en 99 años.

Otra cuestión a abordar es si la norma que contiene los plazos para la modalidad urbanística es de carácter imperativo o dispositivo. Aquí hay que distinguir, por un lado, el plazo en sí mismo considerado y, por otro, el límite máximo de plazo fijado legalmente. Entiendo que el primero es de carácter dispositivo, pues el legislador ha dispuesto unos plazos en interés de ambas partes contratantes. Interés que se demuestra, tanto al no establecer un derecho de superficie perpetuo, en beneficio del concedente o dueño del suelo para no dejar inútil económicamente su propiedad sobre el suelo, cómo al establecer unos plazos de constitución del derecho amplios, para que no supongan un obstáculo del superficiario ante los mismos. Pero siempre deberá pactarse un plazo, (pues ha quedado clara la intención del legislador en este sentido) y nunca podrá pactarse a perpetuidad. Por otro lado, considero que el límite máximo del plazo, es de carácter imperativo para la Administración y para los particulares, pues ha sido fijado por el legislador en beneficio de los intereses generales de la Administración y de la comunidad.<sup>25</sup>

Siguiendo este razonamiento, en nuestro derecho, las partes pueden pactar, en ambas modalidades con carácter dispositivo, el plazo de duración del derecho. Mientras

---

<sup>25</sup> Recuerdese la necesidad de redención impuesta por la Ley de Bases del Código Civil, y las leyes que se han dictado en su aplicación relativas a los foros y al censo enfiteúutico.

que en la modalidad urbanística, se debe tener en cuenta siempre el límite máximo legal, fijado imperativamente por la Ley del Suelo, cuando el concedente sea el Estado, el Municipio y las demás personas públicas, y los particulares.<sup>26</sup>

#### C.- Situación en el Derecho Comparado.

La regulación italiana, en el art. 953 C.C., establece la posibilidad de constituir el derecho de superficie por una duración predeterminada, limitada en el tiempo, pero no se establece plazo legal alguno, (ni máximo, ni mínimo).<sup>27</sup> La determinación de tal duración se deja a la autonomía de las partes, quienes fijan el término del derecho. El fundamento de la inexistencia de plazo se halla en que es una regulación donde se proyecta generalmente la constitución de la figura a perpetuidad, por su configuración como propiedad separada, de manera que no es necesaria la imposición de límites máximos.

---

<sup>26</sup> La STS de 4 de febrero de 1993 (Rep. Aran. 782), recoge el supuesto en el que se constituye el derecho de superficie por el Ayuntamiento de Málaga en 1964 para la construcción y explotación de un quiosco-bar por un plazo de 50 años.

El TS establece que el actor-superficiario debe mantenerse en su posesión, en su cualidad de titular de un derecho de superficie sobre la parcela y quiosco en cuestión en tanto no se decreta la extinción de tal derecho por la jurisdicción civil o transcurra el plazo de concesión, "una vez ampliado al tiempo del cual ha estado privado el actor", condenando a la demandada a la reconstrucción del quiosco La Marina así como de la indemnización de daños y perjuicios originados al actor....

El TS no amplia un plazo imperativamente marcado por las Leyes urbanísticas sino que determina el "dies a quo", es decir el momento efectivo desde el cual el superficiario va a poder mantener su propiedad superficiaria en base a su titularidad, ya que es el Ayuntamiento quien debe reconstruir por haber extinguido unilateralmente el derecho y derribado el edificio en cuestión.

<sup>27</sup> La doctrina italiana compara la diferencia que hay entre el derecho de superficie, donde no se establece plazo de duración mínima del mismo, y lo dispuesto para la enfiteusis, figura para la cual el art. 958 del Codice Civile establece que no puede ser constituida por una duración inferior a veinte años.

La razón que aduce Quaranta y Preden (Superficie... Cit. Pag 51 y 52) se basa en la distinta función de la Institución. En la enfiteusis, cuya función es el mejoramiento del fundo, se presupone el otorgamiento mínimo de un plazo, como adecuado término, para su realización. Por el contrario, en la superficie no hay ningún interés de carácter general, otorgando la ley plena autonomía a las partes contratantes.

Sin embargo, y al igual que ocurre en nuestro sistema jurídico, las nuevas leyes de utilización del derecho de superficie, dentro del ámbito urbanístico y referidas a la creación de aparcamientos subterráneos y de viviendas de los ordenamientos vecinos, imponen límites temporales. En el caso de la legge Tognoli, de constitución de aparcamientos subterráneos, el artículo 9-4º a) señala que su duración no podrá ser por un periodo superior a 90 años. Por otro lado, la ley nº 865 de 22 de octubre de 1971, (programmi e coordinamento dell'edilizia residenziale pubblica), dispone en su art. 35 que la concesión del derecho de superficie para la construcción de viviendas de tipo económico y popular, o relativos a servicios urbanos o sociales tendrá una duración no inferior a 60 años ni superior a 99.

En el ordenamiento francés cuando el derecho de superficie se ha constituido a través de concesión o de arrendamiento, en cualquiera de sus vertientes (con facultad para construir, enfiteútico, o arrendamiento comercial), su duración es "esencialmente temporal".<sup>28</sup> Marty señala cómo la reglamentación arrendaticia específica (statuts locatifs speciaux) refleja, de una manera particularmente sensible, la voluntad del legislador de conferir a los arrendamientos una fijación si no objetiva, de fácil automatismo.<sup>29</sup>

Inicialmente, en la ley de 16 de diciembre de 1964, donde se regulaba el arrendamiento con facultad para construir, su duración se establecía entre 18 y 70 años. Posteriormente, con la introducción de esta regulación en el Code de la Construction et de

---

<sup>28</sup> Saint-Alary: Bail à construction. Encyclopedie Dalloz. Jurisprudence Generale. Paris. 1989. Pag 5.

<sup>29</sup> Marty: La dissociation juridique de l'immueble. Contribution a l'etude de droit de superficie. Librairie générale de droit et de jurisprudence. Paris. 1979. Pag. 269

l'habitation, se recogió en el art. 251-1 párrafo 3º la duración entre 18 y 99 años.<sup>30</sup> Entre el límite máximo y mínimo legal establecido, las partes son libres de fijar la duración efectiva del arrendamiento.<sup>31</sup>

En el arrendamiento enfiteútico el plazo también oscila entre 18 y 99 años de duración,<sup>32</sup> mientras que en la concesión inmobiliaria, solamente se establece un plazo de duración mínimo que es de veinte años, sin imponerse, en la ley de orientación fundiaria de 30 de diciembre de 1967, una duración máxima.<sup>33</sup>

En el sistema portugués, los plazos vienen fijados en la Ley del Suelo, frente al silencio del Código Civil, que refleja su influencia del Codice Civile. En ella se establecen dos plazos mínimos diferentes, (al contrario que en nuestro sistema), según sean los titulares y la finalidad del derecho de superficie. Así, el derecho de superficie al que se refiere el art. 5º, es decir aquel cuya finalidad consiste en operaciones de renovación urbana (creación de polígonos industriales, de ampliación de espacios verdes, de espacios urbanos de protección y de recreo, o de recuperación de áreas degradadas), será constituido por un plazo no inferior a 50 años, en función de las características de los edificios a levantar durante el periodo necesario para la amortización del capital a invertir y su

---

<sup>30</sup> Art. 251-1 párrafo 3º C. Constr. et hab.:

"Il est conclu pour une durée comprise entre dix-huit et quatre-vingt-dix-neuf ans. Il ne peut se prolonger par tacite reconduction".

<sup>31</sup> Como señala Saint-Alary, la fijación del plazo se hará en función de la duración previsible de la amortización de la construcción, en base a la necesidad del inquilino de pedir un préstamo hipotecario para construir. El crédito fundiario exige que la duración del arrendamiento sobrepase cuarenta años la duración del préstamo solicitado. Saint-Alary: *Bail à construction...* Cit. Pag. 5

<sup>32</sup> Giverdon: *Bail emphytéotique*. Encyclopedie Dalloz. Jurisprudence Generale. Paris. 1989. Pag. 1.

<sup>33</sup> Saint-Alary: *Concession immobilière*. Encyclopedie Dalloz. Jurisprudence Generale. Paris. 1989. Pag. 2.

adecuada remuneración (art. 19-1).<sup>34</sup> En el caso de cesión del derecho de superficie a cooperativas, o para la construcción de viviendas propias en régimen de propiedad horizontal, el plazo mínimo será de setenta años (art. 19-2º).<sup>35</sup>

En resumen, a mi modo de ver la diferencia de plazos en este ordenamiento estriba, por un lado, en dar más facilidades para la construcción de viviendas a las cooperativas, y por otro lado, que a su vez los particulares que las integran se animen más a su utilización al otorgarse un plazo de duración más amplio (70 años), frente al plazo de 50 años de los derechos de superficie otorgados para la renovación urbana donde el interés se centra más en ser una fórmula de amortización de las obras.

El alcance y la importancia de los plazos señalados por la Ley portuguesa son opuestos a los establecidos por la ley urbanística española, a las disposiciones para la construcción de viviendas populares y aparcamientos subterráneos italianas, y al arrendamiento con facultad para construir francés. Todo ello sin olvidar cómo en el ordenamiento portugués estamos haciendo referencia a **plazos mínimos** mientras que en las otras disposiciones lo que se establecen son **máximos**. No obstante, lo importante es que ambos tipos de plazos centran su interés en la amortización de los edificios.

Pensamos que lo que en realidad se persigue, con la aplicación de un plazo mínimo de 50 años, es impedir una amortización "artificialmente rápida" que redunde en una falta

---

<sup>34</sup> Art. 19-1º. Lei dos Solos;

"O direito de superfície, a que se refere o artigo 5º, será constituído por prazo nao inferior a cinquenta anos, a estabelecer em função das características dos edifícios a erigir, do período necessário para a amortização do capital a investir neles e da sua adequada remuneração".

<sup>35</sup> Art. 19-2º Lei dos Solos:

"No caso de cedencia de diereito de superfície a cooperativas previstas no artigo 4º do Decreto nº 182/72, de 30 de Maio, ou para construção de habitação própria, ainda que em regime de propriedade horizontal, o prazo mínimo será de setenta anos."

de beneficios al comienzo de la constitución del derecho de superficie.<sup>36</sup> De manera que, la amortización y la obtención de rendimientos se produzcan adecuada y proporcionalmente a lo largo del plazo fijado. Mientras que en el ordenamiento español, en las disposiciones urbanísticas italianas mencionadas y en el arrendamiento para construir francés, el legislador lo que pretende con el plazo máximo es dar mayor importancia a la reversión de la propiedad superficiaria (cuyo objeto sea la promoción social de viviendas o la construcción de otros usos de interés social -aparcamientos subterráneos, parques acuáticos, ciudad de la imagen...-), pasando a un segundo plano la importancia que se le otorga a la adecuada y proporcionada amortización.

Otra distinción entre el ordenamiento portugués y el nuestro se encuentra en que en aquél se tiene en cuenta únicamente la concesión del derecho de superficie realizada por la Administración en favor de particulares, ya sean empresas o sociedades con ánimo de lucro -cuyo plazo será de 50 años-; o ya sean particulares o cooperativas de personas físicas sin ánimo de lucro cuya finalidad se encuentra dirigida a la construcción de viviendas protegidas -cuyo plazo será de 70 años-; mientras que en nuestro ordenamiento el plazo máximo es de 75 años en toda concesión por el Estado y demás personas públicas, sin realizar distinciones con relación a la finalidad de la misma. No debemos olvidar que la referencia a la concesión del derecho de superficie entre particulares, se debe a la falta de regulación de la figura en nuestro Código Civil, mientras que en la Lei dos Solos no es necesario hacer referencia a esta circunstancia porque el derecho de superficie concedido entre particulares, se encuentra ampliamente regulado en su Código Civil.

Pero volviendo a la distinción entre ambos plazos, hay que señalar que la diferencia

---

<sup>36</sup> No olvidemos que al hacer referencia la ley a "operaciones de renovación urbana" y "el periodo necesario para la amortización del capital a invertir y su adecuada remuneración" está pensando en todo momento en empresas o sociedades con ánimo de lucro.

se halla en que en el sistema portugués el plazo mínimo es menor -50 años- pues al entrar a formar parte el derecho de superficie dentro de su patrimonio y ser la propiedad superficiaria objeto de una actividad económica, se presupone que la obtención de beneficios facilitará la amortización de la inversión produciéndose con rapidez y, en todo momento, con mayor antelación que cuando el derecho de superficie se otorga a particulares o a cooperativas de viviendas en régimen de propiedad horizontal, cuya finalidad no consiste en una actividad económica lucrativa en sentido estricto, sino que su interés se centra en proteger a determinados sectores sociales más desprotegidos. Además es una actividad sobre la cual se presume una mayor dificultad para la amortización del edificio, fijándose, por consiguiente, un plazo mínimo superior.

En la Lei Portaria nº 954/81 de 6 de noviembre,<sup>37</sup> ley que desarrolla la constitución de los derechos de superficie para la construcción de pabellones en los polígonos industriales, se establecen, en su art. 6º, diferentes plazos de duración del derecho de 20, 40 o 60 años, plazos que como veremos más adelante incluso pueden ser prorrogados.

¿Cuál puede ser el motivo de la existencia de plazos mínimos tanto en la ley nº 865 italiana para la construcción de viviendas, como en los distintos arrendamientos y concesiones inmobiliarias del ordenamiento francés, como en la Lei dos Solos portuguesa? Desde el punto de vista jurídico, la clave se encuentra en su distinción con la figura del

---

<sup>37</sup> Por Decreto-Lei nº 382/76 de 20 de mayo se crea la Empresa Pública de Polígonos Industriales, a quien competirá la creación de los polígonos industriales a través de la constitución de derechos de superficie sobre los terrenos cedidos... (Punto 4 de la Exposición de Motivos del citado Decreto). Posteriormente, se regula minimamente la constitución de tales derechos de superficie señalándose en el art. 3-1º que el plazo mínimo del derecho no será nunca inferior a diez años. En el art. 5 se establece que el Ministerio de Industria y Tecnología fijara por Ley las normas a que deberá obedecer los contratos de constitución de los derechos de superficie y los contratos de utilización de pabellones industriales u otros edificios.

Que es precisamente la Ley que se comenta en el texto.

arrendamiento cuyo plazo de duración, no hay que olvidar, suele ser todavía menor.

También hay que tener en cuenta el interés práctico de la figura, puesto que su creación implica la derogación del principio de accesión siendo, por consiguiente, razonable la imposición de una duración mínima de la figura, cuyo plazo además sea relativamente amplio, en relación con los plazos de los arrendamientos (alrededor de dieciocho-veinte años).

Desde la perspectiva de la amortización a la que venimos haciendo referencia, el plazo mínimo implica una distribución en el tiempo de la misma, y de los rendimientos. En nuestro ordenamiento en modo alguno se hace referencia a la amortización porque se otorga una mayor importancia a la reversión de la propiedad superficiaria, pues no olvidemos su configuración como un derecho real en cosa ajena, que origina la propiedad superficiaria.

En realidad, lo que se persigue con el establecimiento de los plazos mínimos en la constitución del derecho de superficie otorgado por la Administración a empresas con ánimo de lucro, es obligarlas a que la amortización de la inversión la realice en ese plazo mínimo. Lo que en definitiva redunda en una posible prohibición de especulación con la constitución del derecho de superficie, evitando que la amortización se realice verdaderamente en un plazo mínimo (5-10 años), y se refleje en el estado económico real de la empresa, no pudiendo utilizarse la figura jurídica para un enriquecimiento injusto o antisocial.

Sin olvidar que, a su vez, estos plazos mínimos constituyen una obligación para los superficiarios en relación con la construcción de las edificaciones objeto del derecho de superficie. Y ello porque en ninguna de estas regulaciones se ha impuesto un plazo para la realización de las mismas, frente a lo que ocurre en nuestra legislación urbanística (plazo



contenido en cada licencia de edificación), que como vimos impera con carácter general tanto para la modalidad urbana como para la urbanística.

#### D.- Naturaleza de los plazos.

Nuestro próximo punto objeto de estudio van a ser los plazos considerados en sí mismos.

No hay duda en que la Ley del Suelo impone unos plazos máximos muy amplios (75 o 99 años). Pero, ¿por qué se prefieren estos plazos amplios a unos más cortos, como los que se establecían con anterioridad en la ley del Suelo y en el Reglamento Hipotecario, de 50 años?<sup>38</sup> La única razón que hemos encontrado en cuanto a la preferencia en la amplitud de los plazos, y que además ha sido avalada por la práctica y mayor utilización de la figura, es la atracción social que despierta. Plazo, que en el caso de constitución de la figura por un ente público (75 años), tal vez interesaría su alargamiento, pues en la práctica hemos visto como se recurría a la creación de una ficción jurídica para la obtención de plazos más extensos. Nos referimos al caso de cesión del derecho de superficie por un ente público a particulares, donde el concedente se transforma en un particular, como puede ser una Fundación o un Patronato, pasando a ser el plazo de duración de la figura de 75 a 99 años.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> Al igual que ha ocurrido en otros ordenamientos como el supuesto del bail à construction en el derecho francés y la Lei dos Solos portuguesa.

<sup>39</sup> Pensemos cómo un organismo público puede crear una Fundación (es decir una patrimonio organizado afectado a un fin, sin finalidad lucrativa, al que la ley confiere personalidad jurídica), y ésta, a su vez, disponer de una parte del patrimonio del que está compuesta -por ejemplo, terrenos determinados- cediéndoles en derecho de superficie a los particulares.

Así, el plazo que si directamente fuera concedido por el organismo público sería de 75 puede pasar a ser de 99 años, por que la fundación, como particular, concede un derecho amparado por la Ley del Suelo a otro particular cuyo límite máximo es el señalado. Aunque en realidad, también puede constituirse indefinidamente en base al Código Civil.

El fundamento de esta ficción jurídica se encuentra en el interés social que conllevan plazos cada vez más amplios. Aunque no por ello se utilice más la figura cuando es concedida entre particulares, sino al contrario, es la Administración la que cada vez utiliza más en la práctica, con diversos fines, el derecho de superficie, (sobre todo la Administración Municipal en relación con los terrenos incluidos dentro de su patrimonio) y ello, tal vez, como consecuencia de las facultades cada vez más amplias y extensas (en más ámbitos) que ésta adquiere. Su justificación puede encontrarse en la adquisición, cada vez mayor de terrenos que componen el Patrimonio Municipal de suelo, y del que no quieren "desprenderse". De forma que con la institución superficiaria, se reservan los terrenos, aumentan su plusvalía, sin olvidar que cumplen a su vez objetivos sociales o de interés público.

Y en relación con nuestra doctrina, ¿cuál es su posición en cuanto a la duración de los plazos? En general, únicamente se hace referencia a la necesidad e importancia de los plazos amplios para la creación del derecho de superficie. Sin embargo queremos recoger la postura, mantenida por Cardenaba Coya y García Pumarino.<sup>40</sup>

Dichos autores son partidarios de un derecho de superficie "de carácter temporal para construcciones de carácter transitorio, aunque sean de cierta duración, por ejemplo, edificaciones auxiliares para grandes obras públicas, puertos y pantanos, etc..., las cuales efectuada la obra, no serán necesarias, o construcciones para clubs o instalaciones deportivas, etc, en las que el interés aunque privado, es colectivo y no individual". Y de carácter perpetuo para las constituidas por los particulares, que se retrotraen ante la nota

---

<sup>40</sup> Cardenaba Coya, y García Pumarino Ramos: El derecho de superficie y el Registro de la Propiedad. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pag. 424.

de temporalidad.<sup>41</sup>

Después del estudio que hemos realizado de la figura, no nos parece aceptable la concepción que estos autores tienen del derecho de superficie y de la propiedad superficiaria, pues otorgan la temporalidad a la propiedad superficiaria urbanística si el carácter de la misma es transitorio, cuando en realidad la finalidad de la figura no es esa, ni creo que pueda serlo. Parece deducirse, del ejemplo expuesto por dichos autores, que se están refiriendo más a un derecho de uso o de goce de una construcción, que a la creación de una verdadera propiedad superficiaria.<sup>42</sup>

Por otro lado, constituir un derecho de superficie actualmente a perpetuidad no parece útil. Y precisamente porque si los particulares se retrotraen ante la nota de temporalidad, con mayor razón no pactarían, la constitución del derecho, y de hecho así ocurre, si su carácter fuera perpetuo o indefinido, puesto que al concedente no le interesaría la desmembración de su dominio. Sin olvidar que ya existen otras figuras jurídicas afines al derecho de superficie -como la enfiteusis- que persigen tal finalidad.

De hecho, aún siendo los plazos tan largos no son los particulares los que precisamente pactan la constitución del derecho, sino que generalmente el derecho de superficie se crea por el Municipio o por otros entes públicos.

Todo ello sin olvidar todas las razones, ya enumeradas, referentes a la actitud reacia a pactar cualquier figura a perpetuidad debido a motivos económicos propios de una socie-

---

<sup>41</sup> Cardenaba Coya y García Pumarino Ramos señalan que de admitir el derecho de superficie a perpetuidad, el problema a abordar sería el de la redimibilidad por parte del concedente, y, los derechos de tanteo y retracto.

<sup>42</sup> Existe una diferencia entre el derecho de superficie y la propiedad superficiaria y las instalaciones depositadas sobre suelo ajeno (como parecen ser las edificaciones auxiliares de obras a que se refieren los autores), donde en ningún momento se produce una derogación del principio de accesión, ya que el tipo de materiales con el que están realizadas supone una falta de adhesión al suelo, siendo su objeto puramente transitorio.

dad tan cambiante como es la que nos encontramos.

### 3.- Estudio de la validez del pacto de prórroga del plazo

#### A.- Planteamiento de la cuestión

Aunque en la normativa urbanista reguladora del derecho de superficie no se hace referencia en ningún momento a la prórroga del plazo, fue un tema muy debatido en el seno de la Comisión, en concreto en el estudio previo a la modificación de la Ley del Suelo de 1976.

No obstante, ni las propuestas realizadas por varios procuradores de la Comisión, ni sus fundamentaciones,<sup>43</sup> lograron cambiar el informe de la Ponencia que entendía que

---

<sup>43</sup> Las propuestas de prórroga del derecho de superficie partieron del Sr. **Henríquez Hernández** quien mantenía que "vencido el plazo, que se fija en 75 años, cuando es la Administración la que concede el derecho de superficie, en el caso de instalaciones de carácter público o viviendas sociales, que al término de ese periodo de tiempo estén en buenas condiciones de uso y que no signifique para la corporación propietaria del dominio del suelo ningún inconveniente, se pueda, en atención a su interés específico, conceder una prórroga del derecho de superficie, que cabe fijar en quince años o en la forma que la Ponencia sugiera". Continúa señalando que "lo que pretendemos aquí es ceder este derecho, normalmente mediante canon, que compense a la corporación propietaria del terreno de la inversión que ha hecho". Finaliza su exposición señalando que "puede ocurrir que un propietario conserve una vivienda en buen uso y tenga interés en que la sigan habitando sus hijos. En atención a estas consideraciones, se puede establecer una prórroga del derecho de superficie, con lo cual se contempla el problema en su amplitud. Si no establecemos más que dos soluciones, un procedimiento rígido de extinción del derecho de superficie y una cesión gratuita en pleno dominio en otros casos, me parece que se va a forzar a las corporaciones locales para que hagan siempre cesiones gratuitas de los terrenos o por precios inferiores al coste."

Ya con anterioridad a la discusión de éste artículo, el Sr. **Henriquez** había señalado que "sería una buena fórmula que al vencimiento del derecho de superficie, la Administración local, si procediera extinguirlo (porque hubiera de realizar una remodelación urbana, por ejemplo), tenga la facilidad de hacerlo, y, sin embargo, cuando no concurren estas circunstancias y las edificaciones conserven un estado de vida que lo haga aconsejable, poder establecer una prórroga".

El Sr. **Marco Tabar**, en apoyo de esta tesis, afirmó que "me parece que de alguna forma debiera contemplarse la posibilidad de esta prórroga del derecho de superficie en atención, por ejemplo, al estado de salud -llamémosle así- de lo construido encima de este suelo o a que se pudiera producir una especie de cambio de este derecho del adquirente de la vivienda construida sobre ese suelo en función del derecho de superficie... La prórroga, mientras el edificio tenga una vida normal, o su transformación en un derecho de arrenda-

el otorgamiento de prórrogas en la concesión del derecho de superficie suponía una desnaturalización de la institución.<sup>44</sup>

Vamos a ver la opinión de la doctrina y de la Jurisprudencia, qué ocurre en la práctica, y en definitiva a qué conclusiones llegamos.

De los Mozos señala que no parece que sea posible la prórroga del plazo de duración.<sup>45</sup> No obstante, en la práctica, se están dando casos donde se adopta el criterio

---

miento y la fijación de su renta en función de lo que se determine reglamentariamente, podría ser una solución."

El Sr. **Rivas Guadilla** señaló en su discurso que "no me opondría a que se estableciera una posibilidad de prórroga, pero sin olvidar que esas prórrogas no pueden ser indefinidas porque contrarían la naturaleza temporal del derecho de superficie."

Por el contrario, el Sr. **Peralta España**, hizo hincapie en que "el derecho de superficie tiene una característica perfectamente delimitada, que es su temporalidad. En cuanto pensemos en someter el derecho de superficie a la posibilidad de una prórroga, puede perder su naturaleza jurídica propia". Cortes Españolas. Sesiones de Comisiones. Legislatura X. 1971-1977. T. 18. N<sup>o</sup>. 462. 25 de febrero de 1975. Pags. 28 a 31.

<sup>44</sup> El Sr. **Martinez Emperador** de la Ponencia entendió que "el derecho de superficie no se puede desnaturalizar por la concesión de unas prórrogas. Uno de los requisitos esenciales en el derecho de superficie es la fijación de un plazo de extinción... el hecho de conceder una prórroga de diez, quince o veinte años también llevaría a la Comisión a la preocupación de que al pasar estos años volvería a plantearse la papeleta de qué pasaba con estos usuarios.

Por otra parte, entendemos que cualquier beneficiario del derecho de superficie se encontrará con que no podrá disfrutarlo en su totalidad, porque los setenta y cinco años parece lógico que sumados a la edad que tenga el adquirente de ese derecho, excedan de cien, y no es probable que los que estamos aquí presentes los podamos vivir, y mucho menos los de las sucesivas generaciones, porque la vida no va a ser tan fácil como para poder alcanzar esa edad". Cortes Españolas. Sesiones de Comisiones. Legislatura X. 1971-1977. T. 18. N<sup>o</sup> 462. 25 de febrero de 1975. Pag. 32 y 33.

<sup>45</sup> De los Mozos (El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbana. Ministerio de la vivienda. Madrid. 1974. Pag. 337) mantiene que "lo mismo sucede en Derecho comparado, así en el ordenamiento alemán, tampoco se permite la prórroga del plazo para el que se constituyó el derecho de superficie, pero cabe, sin embargo, un derecho de preferencia en la renovación, si así se ha establecido contractualmente, ya que en este caso constituye < contenido del derecho de superficie >".

contrario.<sup>46</sup>

Cuando estudiábamos las características del arrendamiento complejo, con la finalidad de diferenciarlo del derecho de superficie, ya recogimos la opinión de Porcioles, el cual señalaba que en estos tipos de arrendamientos era imposible la prórroga porque "la principal obligación de mejorar o edificar asumida por el arrendatario -verdadero facere- no puede repetirse una vez cumplida, ni es factible, sin agravio de la equidad contractual, prorrogar la obligación del arrendador a base de un módico canon que sólo representa una parte de las prestaciones asumidas por el arrendatario".<sup>47</sup> Sin embargo, considero que no es posible adoptar dicho criterio en relación con el derecho de superficie, pues la obligación de edificar no es la única, ni considero que la causa principal, ya que también es importante la de mantener la propiedad superficiaria.

Y mantenemos esa opinión, aún conociendo que el derecho de superficie en su modalidad urbanística está preferentemente, aunque no únicamente, configurado para el fomento y la construcción de edificaciones de interés social sobre suelo patrimonio del municipio, y no para el mantenimiento de dichas edificaciones. No obstante, considero lógico pensar que una vez utilizado el suelo para la construcción de cualquier tipo de propiedad superficiaria, se pueda pactar su prórroga, aunque consista únicamente en el mantenimiento de la misma. No estamos de acuerdo con los argumentos señalados en el seno de la Comisión sobre la desnaturalización del derecho de superficie. Aún considerando la temporalidad como su elemento esencial en la actualidad, no creemos que la existencia de prórrogas signifique

---

<sup>46</sup> Por ejemplo "El derecho de superficie que se cede tendrá una duración de 75 años. Durante el último año de vigencia del contrato, podrán acordarse conjuntamente las condiciones en las que se extinga o prorrogue la relación entre las partes". (ARPEGIO).

<sup>47</sup> Porcioles: Arrendamientos complejos. NEJS. T.II. Barcelona. 1950.... Cit. Pag. 928.

ir en contra de dicha temporalidad.

Conectado con este problema se nos plantea la posibilidad de acuerdo entre ambas partes, y si cabe, realizar cualquier otro contrato a la finalización del derecho de superficie. En tal caso sería posible pensar en la posibilidad de pactar la prórroga del derecho de superficie pero con la obligación de mantener el edificio en suelo ajeno, y no sólo, la de edificar.

Entendemos que la conclusión más acertada, es mantener el carácter esencial de la temporalidad del derecho de superficie, para una mayor utilización práctica, lo cual no impide que sea posible el establecimiento de prórrogas pactadas por las partes si se regulan con límites.

En el mismo sentido, es posible a la finalización del derecho de superficie la constitución de otra clase de contrato, como, por ejemplo, un arrendamiento sobre lo que hasta ahora había sido la propiedad superficiaria,<sup>48</sup> o incluso, otro derecho de superficie sobre la misma vivienda,<sup>49</sup> cuyo objeto no sea la construcción sino su mantenimiento o

---

<sup>48</sup> Tema que será tratado más adelante en relación con la reversión de la propiedad superficiaria.

<sup>49</sup> Se nos plantea si es posible **el pacto de preferencia en la renovación del derecho de superficie**. En algunos sistemas del Derecho Comparado, se posibilita la existencia de un derecho del superficiario de preferencia a la renovación, consistente en un derecho condicionado a la conclusión de un contrato de superficie con un tercero. (Como en la aún vigente Ordenanza Alemana de 1919, señalado por Fuentes Lojo (Suma de la propiedad por apartamentos... Cit. Pag 409).

También en la Ley portuguesa de 1948, en su art. 24 se concede entre los derechos del superficiario, un derecho de preferencia para su nueva constitución, en el plazo de tres años, si éste se hubiera extinguido. Aunque, no se mantiene este derecho en la regulación del Código Civil portugués.

Y por lo que corresponde a nuestro derecho, ¿es posible el pacto de preferencia a la renovación, una vez extinguido el derecho de superficie? Entiendo que dicho pacto puede establecerse libremente por las partes en el contrato de constitución del derecho de superficie, al amparo del principio de autonomía de la voluntad pasando a formar parte dicho acuerdo, del contenido del derecho de superficie.

mejora.

Contraria a nuestros argumentos, la **STS de 6 de octubre de 1987**, no estima la posibilidad de prórroga en un derecho de superficie, por ser éste "un derecho real sometido a un estatuto cuya rigidez no encaja con las doctrinas propugnadas por la recurrente" en nuestro caso la prórroga del derecho.<sup>50</sup>

#### B.- Situación en el Derecho Comparado.

Pero ¿qué es lo que ocurre en los sistemas vecinos? En el ordenamiento italiano, la doctrina,<sup>51</sup> acepta la existencia de prórroga. Su admisión se funda en que puede constituirse la figura a perpetuidad, y sobre todo, en que se da más importancia al vuelo, es decir, a la propiedad separada resultante que al derecho real de superficie según el cual nace dicha propiedad.

En el sistema francés, el artículo 251-1 párrafo 3º Code de la construction et de l'habitation,<sup>52</sup> dispone expresamente cómo el arrendamiento con facultad para construir no puede prorrogarse por tácita reconducción, ni se hace referencia alguna a la existencia

---

<sup>50</sup> **STS de 6 de octubre de 1987** (Rep. Aranz 6720). En dicha sentencia la Entidad superficiaria, construyó en base al derecho de superficie un complejo hotelero, por la duración de 17 años, y pasando, por consiguiente, a ser propietaria superficiaria del mismo. Dicha Sociedad solicitó la prórroga de la duración del contrato que estimase el juzgador procedente, mediante el pago del canon anual que asimismo se estimara apropiado. Todo ello en base a la cláusula <rebus sic stantibus>, en atención a la desorbitante desproporción de las prestaciones recibidas por las partes de acuerdo con lo convenido, "debido al advenimiento de circunstancias económicas en el transcurso del tiempo que hacen irritante el cumplimiento literal del contrato".

El Tribunal Supremo desestima ambas pretensiones, señalándose en el Cuarto Fundamento de Derecho que "por su carácter de derecho real, está sometido a un estatuto cuya rigidez no encaja con las doctrinas propugnadas por la recurrente... no dándose los requisitos exigidos por el ordenamiento y la doctrina legal para el éxito de los motivos del recurso".

<sup>51</sup> Cendon: Superficie... Cit. Pag. 268.

<sup>52</sup> Tomado del Code de la construction et de l'habitation, commenté et annoté, de Jean Hugot y Daniel Lepeltier. Edición. 1982. Paris.



de prórrogas legales. La razón de no admitirse tal prolongación según Saint-Alary,<sup>53</sup> se basa en que el fundamento y la obligación principal de este tipo de contrato, es la de construir y mantener la edificación por parte del inquilino. Una vez haya sido ejecutada dicha obligación y extinguido el contrato, no tiene razón de existir la prórroga. Esta argumentación se aproxima a la señalada por Porcioles en relación con el arrendamiento ad aedificandum de nuestro ordenamiento.

Otra cuestión es que la norma sea o no de ius cogens, es decir, que el límite temporal y la inexistencia de prórrogas sea fijado por el legislador imperativamente. No obstante, el art. 251-8 del citado Code, que establece expresamente cuales son "las disposiciones de orden público", no señala nada en relación con esta norma. Entendemos que al prohibir la prórroga por tácita reconducción, y la inexistencia de prórroga legal, no es posible la misma.

En cuanto al resto de tipos de arrendamiento hay que señalar, por un lado, que el arrendamiento enfiteútico no es susceptible de tácita reconducción (art. 937-2º del Código rural), ni tampoco el arrendamiento comercial. En la concesión inmobiliaria, el art. 48 de la Ley de Orientación fundiaria de 1967 dispone que no podrá prolongarse por tácita reconducción, pero según la doctrina, se entiende que será posible su renovación y/o su conversión en un contrato de otro tipo, por ejemplo, un arrendamiento comercial.

En el derecho portugués la Lei 2030 de 6 de junio de 1948, tiene en cuenta la prórroga no sólo pensando en que ésta fuese solicitada por el superficiario sino también por el propietario del suelo. Así, se establece en su artículo 28- 2º y 3º, la posibilidad de prorrogar el derecho de superficie en dos situaciones diferentes: cuando el propietario del suelo quisiera eximirse del pago de la indemnización, puede libremente prorrogar dos o

---

<sup>53</sup> Saint-Alary: Bail à construction... Cit. Pag. 5

más veces, y por tiempo no inferior a veinte años, siempre que el concedente lo notifique al superficiario con una antelación mínima de un año; o si la prórroga se hace por acuerdo de ambas partes, en ella debe estipularse el precio que tiene que pagar el superficiario.

En el Código Civil portugués, no se señala nada acerca de la prórroga del plazo de duración pactado.

Sin embargo, en la Lei dos Solos, el artículo 19 dedica dos párrafos a su regulación. Como norma general, establece que el plazo del derecho de superficie deberá fijarse en el acto de constitución, y puede prorrogarse por los periodos que fueren convenidos, salvo que el superficiario renuncie expresamente a su prórroga (art. 19-3º).<sup>54</sup> A falta de acuerdo sobre el periodo de prórroga, se entiende que será por un periodo igual a la mitad del plazo inicial, salvo en los casos en que la Administración ponga fin al plazo, por necesitar el terreno para obras de renovación urbana u otros fines de interés público. (art. 19-4º).<sup>55</sup>

Por otro lado, la Lei Portaria nº 954/81 de 6 de noviembre señala, en su art. 8-1º, que las prórrogas serán siempre por plazos iguales al inicial, excepto cuando el precio ajustado sea anual o mensual. El párrafo 2º establece que en este caso las prórrogas no podrán ser superiores a veinte años, ni inferiores a un año.<sup>56</sup> De esta manera no sólo se

---

<sup>54</sup> Art. 19-3º. Lei dos Solos:

"O prazo do direito de superfície será fixado no acto de constituição, e pode ser prorrogado pelos períodos que forem convencionados, salvo nos casos em que o superficiário expressamente renuncie à prorrogação."

<sup>55</sup> Art. 19-4º Lei dos Solos:

"Na falta de convenção sobre o período de prorrogação, entende-se que ela se opera por um periodo igual a metade do prazo inicial, salvo nos casos em que a Administração, findo o prazo, necessitar do terreno para obras de renovação urbana ou outro fim de interesse público."

<sup>56</sup> Lei Portaria. N 954/81 de 6 de noviembre. Art. 8º:

1º.- As prorrogações serao sempre por prazos iguais ao inicial, excepto quando o

admite una prórroga sino varias.

A modo de conclusiones, considero que en nuestro ordenamiento el elemento esencial del derecho de superficie en ambas modalidades es la temporalidad (aunque sea posible la perpetuidad en la modalidad urbana común). No obstante mantengo que la admisión de prórrogas, fijadas con limitaciones, no desvirtúa el espíritu del derecho de superficie. Y ello porque la obligación principal del superficiario no es solamente la de edificar, sino también, la de mantener la propiedad separadamente del suelo durante el tiempo establecido en virtud del derecho de superficie. Todo ello a diferencia de lo que ocurre en el arrendamiento *ad aedificandum*, figura con la que se le ha equiparado por su afinidad, donde la obligación principal es la de construir, de manera que, una vez llegado el término por el que se pactó dicho contrato y habiéndose construido, no es posible su prórroga. Esta idea es la que se encuentra en la mente del legislador francés para desechar la "tácita reconducción", y entiendo que también la prórroga legal, en todos los tipos de arrendamientos (tanto con facultad para construir como enfiteútico) a través del cual nace el derecho de superficie, y en la concesión inmobiliaria.

Por otro lado, donde el legislador suele admitir la prórroga es en el ordenamiento italiano y en el portugués. En este último sobre todo en aquellos supuestos con fines urbanísticos, tanto para la creación de obras de renovación urbana como de creación de polígonos industriales. No dudamos en que es posible que la propiedad superficiaria

---

preço ajustado seja anual ou mensal.

2º.- Neste caso, as prorrogações nao poderao ser por prazos superiores a vinte anos nem inferiores a um ano. Diário da Republica. 6 de Novembro de 1981. I Serie. Nº 256. Pag. 2938 y ss.

Ley que como ya he señalado tiene sus orígenes en el Decreto-Lei nº 382/76 de 20 de Maio, el cual en su art. 3º-2 señala que: "el plazo podrá ser renovado por voluntad del superficiario, una o más veces, en periodos no superiores al inicial ni inferiores a un año". Diário da Republica. 20 de Maio de 1976. I Serie Nº 118. Pag. 1140.

continúe en manos del que fue superficiario a través de otros tipos de contratos, donde tiene perfecta cabida tanto un arrendamiento, como incluso también un nuevo derecho de superficie (derecho del superficiario de preferencia a la renovación), aunque sólo con obligación de mantener, o mejorar, o reconstruir, o incluso, derribar y volver a construir la edificación ya existente (siempre teniendo en cuenta los términos pactados en el título constitutivo del derecho, según lo que ya hemos visto).

## **II.- REVERSION DE LA PROPIEDAD SUPERFICIARIA**

### **1.- Fundamento de la reversión.<sup>57</sup>**

#### **A.- Regulación legal, posiciones doctrinales y jurisprudenciales.<sup>58</sup>**

El elemento característico de la institución, junto con la nota de temporalidad y consecuencia de ella es la reversión del edificio que constituye la propiedad superficiaria, a manos del concedente o dueño del suelo sobre la cual se alza la construcción. Reversión que tiene lugar, cuando una vez extinguida la relación superficiaria, adquiere plena vigencia el principio de accesión.

Estas consideraciones se desprenden de la Exposición de Motivos de la Ley del Suelo de 1976, donde se señala que:

El derecho de superficie "representa también un mero estímulo para la movilización del suelo por los propietarios privados, que pueden así poner en el mercado estos bienes a disposición de los promotores sin renunciar a su recuperación futura con la revalorización correspondiente".

Continúa diciendo que "desde la perspectiva de los patrimonios públicos de suelo, el derecho de superficie, puede y debe ser un instrumento mediante el que, cada vez más, se procure que el derecho de propiedad sobre suelo urbano, una vez que entre en la esfera patrimonial de la Administración, no salga de la titularidad pública..."

Esta declaración, contenida en la Exposición de Motivos, aparece expresada en el art. 289-3º de la Ley del Suelo actual que, en términos idénticos al artículo 173-2º de la

---

<sup>57</sup> Vamos a utilizar dicho término, para hacer referencia al tránsito de la propiedad superficiaria de manos del superficiario a las del concedente o dueño del suelo. Pero teniendo en cuenta, como Roca señala, (Ensayo sobre el derecho de superficie. R.C.D.I. 1961. Pag. 50) que "el empleo de la palabra reversión es inadecuada, puede utilizarse en ciertos supuestos del derecho de superficie, pero si existe uno en que no procede hacerlo, es precisamente cuando el derecho de superficie se extingue por caducidad, o sea, por extinción del plazo de duración."

<sup>58</sup> En base a la ley urbanística, no hay motivo para dudar, según los plazos existentes señalados con carácter imperativo para el Estado y las demás personas públicas, que la reversión tiene tal carácter. Mientras que es de carácter obligatorio para los particulares, cuando han pactado el derecho de superficie por tiempo determinado.

Ley del Suelo anterior, señala:

"Cuando se extinga el derecho de superficie por haber transcurrido el plazo, el dueño del suelo hará suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiere constituido aquel derecho".

La ley urbanística está pensando en el aprovechamiento del suelo público por los particulares, pero "revirtiendo" con el transcurso del tiempo pactado a poder de la Administración.

La reversión es la consencuencia jurídica de la temporalidad del derecho de superficie, y por consiguiente, un elemento consustancial del mismo que no puede ser derogado por pacto expreso de las partes, en la modalidad urbanística, ya que se ha establecido imperativamente por el legislador.

La reversión de la propiedad superficiaria a poder del cedente del suelo, cuando se ha pactado por tiempo determinado, es también, el criterio adoptado por la Ley 434 de la Compilación Foral de Navarra, que señala que:

"cuando la superficie se hubiere establecido por tiempo determinado o bajo condición resolutoria, al vencimiento de éstos lo edificado revertirá a la propiedad, sin compensación o con ella según se haya pactado".

Roca Sastre, señala que "el tránsito de la propiedad de la edificación al dominus soli constituye un fenómeno semejante al de la accesión, pues si el derecho de superficie paralizó el efecto atributivo de ésta, la paralización fue por todo el tiempo de duración del derecho de superficie, que constituía el obstáculo, de modo que una vez extinguido éste recobra la accesión su poder de atribución, y la propiedad de la edificación deja de ser una propiedad separada superficiaria y a ella se extiende la propiedad del terreno".<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup> Roca Sastre: Ensayo del derecho de superficie... Cit. Pag. 58.

En el mismo sentido opinan entre otros: Guilarte (El derecho de superficie. Aranzadi. Pamplona. 1966. Pag 286); Fuentes Lojo (Suma de la propiedad por apartamentos... Cit. Pag. 402) y De los Mozos (El derecho de superficie...Cit. Pag 339) quien

La Jurisprudencia, en las escasas sentencias existentes, ha recogido la aplicación de la reversión de la propiedad superficiaria al dominus soli, puesto que se había pactado un plazo de duración temporal del derecho.

Una de las primeras Sentencias que estableció como elemento consustancial al derecho de superficie la reversión, fue la **STS de 3 de julio de 1941**.<sup>60</sup>

En su Tercer Considerando se establece que "ya que la circunstancia de que estuviera construido en suelo ajeno el edificio, no priva de su carácter peculiar a la relación arrendaticio-superficiaria durante el plazo de su vigencia, ni mientras éste no transcurra pertenece en pleno dominio lo edificado al dueño del suelo".

En el mismo sentido, la **STS de 13 de febrero de 1942**,<sup>61</sup> sostiene que se ha constituido un derecho de superficie en el contrato celebrado entre las partes por que del mismo se infiere expresamente que:

"la señora V. lo cedía (el solar) en arrendamiento al señor A. por plazo de 99 años, contrayendo este señor las obligaciones que cabe resumir de...C) el edificio así construido pasaría a pleno dominio de la señora V. o a sus causahabientes sin pago de indemnización alguna al expirar el plazo aludido de 99 años."

Posteriormente, en la **STS de 26 de octubre de 1956**, el Tribunal no duda en admitir en su Segundo Considerando, la existencia de un contrato atípico de arrendamiento en el que se inserta un derecho de superficie, que recaé conjunta e inseparablemente sobre el terreno o solar arrendado y sobre el edificio levantado en él, supuesto en el que se debía declarar la extinción del mismo, el desalojo del solar y del vuelo construido sobre su

---

afirma que la reversión "es consecuencia directa del establecimiento del derecho de superficie y de su carácter temporal, por eso, a la extinción del derecho de superficie, por cualquier causa, el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo construido, ipso iure, como consecuencia de la actuación del principio de accesión..."

<sup>60</sup> **STS de 3 de julio de 1941** (Rep. Aranz. 891).

<sup>61</sup> **STS de 13 de febrero de 1942** (Rep. Aranz. 424).

superficie.<sup>62</sup>

En el Cuarto Considerando se afirma que "se ofrece a la estimación del Juzgador la clara realidad de un contrato único, integrado por estipulaciones nuevas (carta contrato de 1932) y por otras antiguas (contrato de 1912) expresamente aceptadas por los contratantes, pero sin distinguir cuales tienen el carácter de principales y cuales el de accesorias, porque aún prescindiendo de que el contrato primitivo sólo sería prorrogable por cinco años que terminaban en 30 de junio de 1927, y que a pesar de tal pacto se produjeron otras prórrogas; lo cierto es que en la aludida carta, el contrato originario del año 1912, se dá por terminado en 30 de junio de 1932, con reversión por tanto, desde ese momento, a la propiedad de lo edificado, que era el cine construido, y posteriormente arrendado, y por tanto se contrató sobre objeto distinto..."

La Jurisprudencia relativa a la Compilación de Navarra, también ha aplicado la reversión tras la extinción del derecho. Así, la **STS de 1 de febrero de 1979**,<sup>63</sup> señala en su Tercer considerando que:

"hay que partir que en realidad al recurrente no le ampara una relación superficiaria y, además no cabe desconocer que con arreglo a la Ley 434 del Fuero Nuevo Navarro, la extinción del derecho real de superficie no determina el efecto que el recurrente postula en orden a la adquisición del pleno dominio del suelo mediante el pago del precio, sino cabalmente la contraria consecuencia de la reversión de los edificios a la propiedad, sin compensación o con ella, según se haya pactado".

El mismo sentido es el adoptado en sentencias de la Audiencia Provincial y Territorial de Navarra.<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> **STS de 26 de octubre de 1956** (Rep. Aran. 3414). En dicha sentencia se estudia la existencia:

- de un contrato de arrendamiento con derecho de superficie de fecha 1912, y al que hacemos referencia en el texto por dejar claro la sentencia que en dicho caso si existiría la reversión, y - por otro lado, la existencia de un contrato de arrendamiento puro y simple realizado a través de una carta-contrato, objeto de la litis, de fecha 1932 en el que se establecen otras obligaciones alejadas del derecho de superficie. Pero, como a continuación transcribimos, al pactarse un nuevo contrato, y extinguirse el anterior, se producía la reversión de la propiedad del Cine a la cedente del solar, aunque con posterioridad sobre el mismo se haya realizado un arrendamiento puro y simple.

<sup>63</sup> **STS de 1 de febrero de 1979** (Rep. Aranz. 420).

<sup>64</sup> **S. Aud. Terr. de Navarra de 12 de abril de 1977**: "Aunque hubiera de partirse de la existencia de un derecho de superficie sujeto a las leyes 427 y siguientes de la Compilación, no podría llegarse a otra conclusión que la de reconocer que todas las edificaciones queden en beneficio de la finca en su día arrendada, porque, arruinado el



## B.- Posición del Derecho Comparado

En el derecho italiano, y en concreto en el art. 953 del Codice Civile, se establece la extinción del derecho por transcurso del tiempo, (siempre que se haya pactado por un plazo determinado, -no olvidemos la posibilidad de otorgar un carácter perpetuo al derecho de superficie). Dicho precepto dispone que tras el transcurso del término pactado, el derecho de superficie se extinguirá, y, el propietario del suelo, se convertirá en propietario de la construcción.<sup>65</sup>

La doctrina italiana que ha tratado en profundidad el tema,<sup>66</sup> es coincidente en afirmar que tras la extinción del derecho de superficie por cualquier causa, hace revivir el principio de accesión, y se producirá la adquisición de la construcción superficiaria por el

---

negocio de aserradero o serrería montado en la parcela arrendada, cesando en su explotación y en el arrendamiento, la conjugación de la ley 428, apartado 2º en especial y la ley 434, no existiendo otro pacto, hace que por la cesación del derecho de superficie lo edificado revierta a la propiedad".

**S. Aud. Prov. de Navarra de 30 de abril de 1986:** "El derecho de superficie otorgado a los copropietarios de la trilladora y de la nave litigiosa no se sometió a plazo alguno de duración, pero al concederse a aquéllos condóminos para la construcción de la cubierta y la guarda en ella de la máquina común, quedó condicionado a la subsistencia de la comunidad cuya disolución y división se demanda, al amparo de lo dispuesto en la ley 374 del Fuero Nuevo, actuando su extinción como condición resolutoria implícita del derecho en cuestión, cuyo cumplimiento faculta a la dueña del suelo a hacer suya no por accesión, pero si por reversión, conforme a lo dispuesto en la ley 434 del Fuero Nuevo la propiedad de dicha nave sin compensación alguna, aunque por coherencia con el suplico de su demanda haya de establecerse la misma".

Ambas sentencias están tomadas de la obra de De Pablo Contreras y otros: Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. Derecho Histórico Concordancias y Jurisprudencia. Pamplona. 1988. Pags. 527 y 528.

<sup>65</sup> Art. 953 Codice civile: *Costituzione a tempo determinato*

"Se la costituzione del diritto è stata fatta per un tempo determinato, allo scadere del termine il diritto di superficie si estingue e il proprietario del suolo diventa proprietario delle costruzione".

<sup>66</sup> Quaranta y Preden: Superficie... Cit. Pag. 52; Pugliese: Superficie... Cit. Pag. 605; Cendon: Superficie... Cit. Pag. 269.

propietario del suelo.<sup>67</sup>

Salis expresamente señala que tras el transcurso del plazo de duración del derecho, éste se extingue, y la accesión no puede ser obstaculizada con la presencia de otro *ius aedificandi*, operando automática y libremente la expansión del dominio del *dominus soli*.<sup>68</sup> No obstante, como la doctrina señala,<sup>69</sup> tal disposición no tiene carácter imperativo, por lo que las partes, en el contrato constitutivo del derecho de superficie, pueden prever otras soluciones válidas.

---

<sup>67</sup> Aunque también señalan la posibilidad de que no haya nada que revertir, pues puede que la construcción no se haya realizado durante el transcurso del tiempo del derecho de superficie, o por que haya perecido.

La Ley del Suelo declara la extinción automática del derecho de superficie, como causa principal, en el supuesto de que "no se haya edificado en el plazo previsto en el Plan o en el convenio, si fuere menor.." (art. 289-1º). En la práctica la edificación deberá realizarse dentro del plazo marcado en la licencia urbanística, de manera que si éste se incumple se extingue el derecho a edificar (arts. 33 a 36 L.S).

En leyes anteriores se establecía el plazo de 5 años.

No obstante esta limitación también afecta a los derechos de superficie no pactados dentro de las normas de la ley urbanística, pues en todo caso para llevar a cabo la edificación deberá solicitarse la respectiva licencia urbanística, y, por consiguiente, ajustarse al plazo previsto en ella.

Y todo ello porque el propietario del suelo urbano recibe en el contenido de su derecho de propiedad un conjunto de facultades que le permiten edificar y apropiarse de lo edificado dependiendo del cumplimiento de sus deberes urbanísticos. De manera que en base a la Ley del Suelo, sólo adquiere la facultad edificatoria tras la adquisición del derecho a urbanizar y del derecho al aprovechamiento urbanístico, y sólo el derecho a lo edificado por la ejecución de la licencia de obras en tiempo y forma y la adecuación de lo edificado a la propia licencia, a las normas contenidas en los Planes y a la legislación urbanística.

<sup>68</sup> Salis (Superficie. (Dititto vigente). Novissimo Digesto Italiano. 1957. Pag. 952) continúa manteniendo que, en caso de que exista una cláusula según la cual a la extinción del derecho de superficie el *dominus soli* no adquiera la propiedad de la construcción, al superficiario deja de considerársele propietario de una propiedad superficiaria, convirtiéndose en una propiedad separada sobre la construcción. Dicha propiedad tendría una duración igual a la del periodo de existencia de la cosa construida. No debemos olvidar que Salis únicamente configura el derecho de superficie como un *ius aedificandi* y no como un derecho a mantener la construcción superficiaria.

<sup>69</sup> Quaranta y Preden: Superficie... Cit. Pag 52; Pugliese: Superficie... Cit. Pag. 605 y Cendon: Superficie... Cit. Pag. 269.

En el derecho francés, y, en concreto, en el arrendamiento para construir, se establece expresamente, en el art. 251-2 del Code de la construction et de l'habitation, que las partes convendrán sus respectivos derechos de propiedad sobre las construcciones existentes, y sobre las construcciones edificadas. A falta de dicho pacto, el arrendador deviene propietario al final del arrendamiento beneficiándose de las mejoras.<sup>70</sup>

Profundizando en el estudio de este tipo de contrato vemos como en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de 27 de mayo de 1964,<sup>71</sup> se establecían las siguientes derogaciones al principio de reversión de la construcción a manos del arrendador:

- Las construcciones pasarán a ser propiedad del arrendador del terreno por accesión diferida y sin indemnización.

- El arrendador deberá pagar todo o parte del valor de las construcciones a la expiración del arrendamiento.

- El arrendamiento podrá, en el momento de su finalización, convertirse en una copropiedad entre el arrendador y el inquilino, lo que supondrá la realización de una asociación entre el propietario del suelo y el constructor.

- El inquilino podrá convertirse en propietario del terreno, si se introdujo dentro del contrato una cláusula de venta del terreno, o también, en arrendatario del mismo, a la expiración del arrendamiento.

De manera que, la disociación del derecho de propiedad, resultante de un

---

<sup>70</sup> Art. 251-2 C. constr et hab:

"Les parties conviennent de leur droits respectifs de propriété sur les constructions existantes et sur les construction édifiées. A défaut d'une telle convention, le bailleur en devient propriétaire en fin de bail et profite des améliorations".

<sup>71</sup> Hugot y Lepeltier: Code de la construction...Cit. Pag. 119.

El arrendamiento con la facultad de construir es un contrato, creado por la Ley de 1964, que fue intruducida junto con el reglamento que la desarrolla dentro del Code de la construction et de l'habitation, pasando a formar parte de los arts. 251-1 a 251-9.

arrendamiento con facultad para construir, puede finalizar en la sola y exclusiva propiedad del inquilino-superficiario tanto sobre el terreno, como sobre las construcciones que él ha edificado.

El fundamento de estos posibles pactos se encuentran, a mi juicio, en que según la relación detallada que se realiza en el art. 251-8 del Code de la construction et de l'habitation la norma incluida en el art 251-2 no es de "orden público". Las partes gozan de una gran libertad, para la mejor realización de la operación de construcción proyectada. Saint-Alary señala que al no ser declaradas de "orden público" ciertas disposiciones, no participen de la esencia misma del arrendamiento con facultad para construir, lo que significa que el contrato no podrá gozar de tal calificación, y que sin ser nulas, no pueden beneficiarse de las ventajas fiscales que el legislador en la ley de 16 de diciembre de 1964 ha reservado únicamente a los arrendamientos que presentan las características esenciales de un arrendamiento para construir.<sup>72</sup> De esta forma se posibilitan en cierta medida, diferentes tipos de arrendamiento para construir.<sup>73</sup>

Por lo que respecta a los demás tipos de arrendamientos, hay que señalar que, la propiedad de las edificaciones se confiere también únicamente por el periodo de duración del arrendamiento y de la concesión, pasando a ser propiedad del dueño del suelo, arrendador o concedente, al término de tales derechos.

---

<sup>72</sup> Saint-Alary: Bail à construction... Cit. Pag. 2

<sup>73</sup> Tales como:

- Arrendamiento para construir ordinario dentro de una operación urbanística.
- Arrendamiento para construir con transferencia del terreno al inquilino.
- Arrendamiento con cláusula en la que se establece la mitad del precio del arrendamiento, que esconde una fracción de precio de terreno.(Arrendamiento-venta).
- Arrendamiento con promesa unilateral de venta del terreno por parte del arrendador que puede ser una venta bajo condición suspensiva del pago del precio. (A través de este contrato se podrá beneficiar del régimen fiscal reservado sólo para los arrendamientos para construir).

En el derecho portugués también tiene lugar la reversión de lo edificado al dueño del suelo. Así, la Ley 2030 de 6 de junio de 1948, dedica dos artículos, el 26 y el 27, a su regulación. En el primero se establece la indemnización que el concedente debe satisfacer al superficiario, y el artículo 27, regula la reversión en si misma.

El apartado primero del art. 27 recoge los casos en que el derecho de superficie revierte al dueño del suelo sin que éste tenga que indemnizar (si el superficiario no ha construido el edificio, o no tiene las características acordadas, o si en caso de destrucción del edificio el superficiario no hubiera reconstruido).

En su apartado segundo, se establece que el propietario del suelo sólo puede obtener la reversión mediante el pago de "justa indemnización" en estos dos supuestos: cuando el edificio no tiene las características acordadas pero la diferencia no es sustancial, y cuando el superficiario no ha pagado el canon dos años consecutivos.<sup>74</sup>

Por otro lado, en el Código Civil portugués no hay ninguna norma que mantenga la reversión. Se dá por supuesto o al menos se infiere, a sensu contrario, de su artículo 1538, cuando establece que la extinción del derecho de superficie tendrá lugar por el transcurso del plazo al constituirse por cierto tiempo, y que, una vez transcurrido el periodo fijado, el superficiario tendrá derecho a que se le indemnice siempre que éste no haya deteriorado la construcción. De lo que consideramos que el Código Civil también mantiene que la construcción pasa a propiedad del concedente del derecho.

En el mismo sentido, la Lei dos Solos, al prever la duración y prórroga del plazo, establece la reversión de la propiedad al superficiario. Ocurre lo mismo con las leyes

---

<sup>74</sup> Por ultimo, los siguientes apartados, señalan la posibilidad de reversión de la propiedad superficiaria por declaración judicial, o que la facultad del concedente de la reversión de dicha propiedad se pueda ejercer sin perjuicio de otras sanciones aplicables en términos generales.

posteriores y decretos dictados para la creación de polígonos industriales.

## **2.- Existencia del pacto de adquisición del suelo por el superficiario**

En nuestro ordenamiento jurídico, la extinción del derecho beneficia, en principio, al concedente del mismo, ya que las reglas de la accesión recobran todo su vigor pasando a ser de la propiedad del dueño del suelo las construcciones superficiarias.

Pero la pregunta que cabe hacer a continuación, tras el estudio de lo establecido en el ordenamiento francés, es si es posible que el superficiario adquiera la propiedad del suelo, como así se preveía en el Proyecto de Ley de 12 de mayo de 1956.<sup>75</sup>

La Rica<sup>76</sup> mantenía, al comentar el Reglamento Hipotecario, y tras señalar la amplia libertad de pactos que las partes pueden estipular, que el superficiario se quede con la propiedad superficiaria en concepto de dominio, indemnizando al propietario el valor del suelo.

Con buen criterio, a mi entender, el legislador urbanista (tanto de 1956, como el de 1976) negó esta posibilidad en su modalidad configurando, por consiguiente, uno de los elementos esenciales del derecho de superficie.<sup>77</sup> La Ley del Suelo actual continúa en la

---

<sup>75</sup> Esta facultad era reconocida por el Proyecto de Ley, previo a la Ley de 1956: El art. 175-3º establecía que "podrá otorgarse al superficiario facultad para adquirir la propiedad del suelo, mediante pago de su valor en el momento en que se efectuare la transmisión del mismo". Boletín Cortes españolas. 1955, Nº 499. 23 de mayo de 1955. Pag. 9727.

Posteriormente, este párrafo desapareció, recogándose únicamente en la Ley los dos primeros párrafos que tratan de los derechos de tanteo y retracto del concedente y del superficiario y que serán tratados más adelante.

<sup>76</sup> La Rica y Arenal: Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario. Libro Homenaje a Ramón de la Rica y Arenal. T.II. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid. 1976. Pag. 28.

<sup>77</sup> No olvidemos que el fundamento de la figura reside en la cesión del suelo y la utilización de la figura con un carácter social, y no, en un tipo de leasing inmobiliario cuya finalidad fuese dar facilidades para la construcción de viviendas en suelo ajeno, y posteriormente, el propietario de las mismas se hiciese dueño del suelo. Además el interés

misma línea.

No obstante, cabría preguntarse si la introducción de tales pactos supondría o no la desnaturalización de la figura, o lo que es lo mismo, si tal pacto tiene cabida en la modalidad urbana común.

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 1 de febrero de 1979,<sup>78</sup> señala únicamente que:

"no cabe desconocer que con arreglo a la Ley 434 del Fuero Nuevo navarro, la extinción del derecho real de superficie no determina el efecto que el recurrente postula en orden a la adquisición del pleno dominio del suelo mediante el pago del precio, sino cabalmente la contraria consecuencia de la reversión de lo edificado <a la propiedad>, sin compensación o con ella, según se haya pactado>".

Sin embargo, no nos ayuda para llegar a la conclusión de si es posible o no el pacto de adquisición del suelo por el superficiario.

Considero que dentro del contenido del derecho de superficie, en su modalidad urbanística no es posible la existencia de tal pacto, pues el elemento esencial y consustancial del mismo es la reversión de la propiedad superficiaria a manos de la Administración. Esto significa, por un lado, que, tras la extinción del derecho de superficie, las reglas de la accesión, que fueron temporalmente derogadas -debido a la concesión del derecho-, vuelven a entrar en vigor.

Pero, por otro lado, esto no significa que los particulares no puedan acordar dicho pacto, como por ejemplo, una venta del propietario del suelo al superficiario del terreno. Si los particulares pactan la adquisición del suelo por el superficiario, en base al principio de la autonomía de la voluntad, estarían realizando en cierta medida un derecho de superficie con

---

de la Administración se centra en que el suelo sobre el que se concede el derecho de superficie de carácter patrimonial no salga de su propiedad.

<sup>78</sup> STS de 1 de febrero de 1979 (Rep. Aranz. 420).

opción a compra. Diversidades que caben no sólo al amparo de la autonomía de la voluntad, sino que como ya vimos en su momento,<sup>79</sup> están incluso posibilitadas por el art. 16-1 del Reglamento Hipotecario.

Es posible que se pacte no sólo la adquisición del suelo por el superficiario, sino también la no reversión de la propiedad superficiaria al concedente,<sup>80</sup> o su reversión a un tercero, o, como veremos a continuación, el supuesto de reversión parcial.

En el Derecho Comparado, y, únicamente en los supuestos de modalidad urbanística que a continuación vamos a ver, se facilita la obtención del suelo por el superficiario.

Así, en el Derecho francés, -únicamente cuando el derecho de superficie nace a través del arrendamiento con facultad para construir-, se posibilita el pacto, por el cual, el arrendatario al término del contrato se hace propietario del terreno del arrendador. La base se encuentra en el art. 251-2 del Code de la construction et de l'habitation que admite la validez de todo acuerdo contrario al principio por él señalado.<sup>81</sup>

En el Derecho portugués, sólo la Ley de 6 de junio de 1948, prevé en su art. 25, el derecho del superficiario a adquirir la propiedad del suelo en determinadas condiciones.<sup>82</sup>

Sin embargo, ni el Código Civil actual, ni la Lei dos Solos, ni la Lei Portaria, donde se

---

<sup>79</sup> Vid. Cap. III.

<sup>80</sup> Gullón (El contenido de la relación... Cit. Pag. 231) destaca la libertad que tienen las partes para pactar solamente que a la terminación del derecho de superficie la propiedad del suelo no pasará al propietario de éste. Señala que "nace así, en este momento, no antes, una propiedad separada, porque el dueño se obliga propter rem a transmitir la propiedad de la edificación al "ex superficiario". Para que dicha propiedad continúe en manos del superficiario "se requiere un acto de transmisión, ya que el pacto inicial contenido en la superficie no puede suponer una continuación de la derogación de los efectos de la accesión..."

<sup>81</sup> Saint-Alary: Bail à construction. Cit. Pag. 3 y 7.

<sup>82</sup> Art. 25-1º: "Do título de constituição do direito de superfície podem constar: c) O direito de o superficiário adquirir a propriedade do solo em determinadas condições."



regula el derecho de superficie para la creación de polígonos industriales, se señala nada en relación con dicho pacto.

En conclusión podemos observar, cómo en el Derecho Comparado, en las leyes que regulan la modalidad urbanística, se trata o, de una excepción, en el caso del arrendamiento con facultad para edificar, o, la disposición actualmente no se recoge al tratar el derecho de superficie, como ocurre en el derecho portugués. A mi modo de ver, la admisión de tal pacto como posible contenido del derecho de superficie, en su modalidad urbanística, es únicamente una excepción del "bail à construction", en cuyo caso deja de ser un derecho de superficie y se convierte en un arrendamiento simple sin los beneficios fiscales otorgados a esa figura, y también de la ley portuguesa de 1948.

En nuestro ordenamiento no es posible la obtención del suelo por el superficiario, en la modalidad urbanística, puesto que no es esa, precisamente, la finalidad que el legislador pretende con esta figura. Además sería necesario la desafección de su carácter público. Lo cual no significa que no sea posible un contrato de derecho de superficie, pactado entre particulares, al amparo de la autonomía de la voluntad, donde se disponga la adquisición del suelo por el superficiario, además de los otros pactos a los que nos hemos referido.

### **3.- Reversión parcial**

El art. 16-1º apartado b) del Reglamento Hipotecario,<sup>83</sup> alude a la posibilidad de que, mediante pacto, se constituya el derecho de superficie con reversión parcial de lo edificado, justificado por el antecedente que existía en el precepto 158-3º de la Ley del

---

<sup>83</sup> Art. 16-1º Reglamento Hipotecario:

b).- Determinación del canon o precio que haya de satisfacer el superficiario, si el derecho se constituyere a título oneroso, pudiéndose estipular la reversión del todo o parte de lo edificado a favor del dueño del suelo al expirar el plazo convenido".

Suelo de 1956.<sup>84</sup>

Según de los Mozos,<sup>85</sup> la razón de esta reversión parcial podría encontrarse en que "el legislador, haya tenido en cuenta ciertas circunstancias que pueden presentarse, en relación con la utilidad práctica del derecho de superficie, así por ejemplo, destino de lo construido a viviendas, en todo o en parte de carácter social, y por ello, se autoriza que contractualmente se modifique lo que constituye una consecuencia, que es conforme a la naturaleza de las cosas, y que de realizarse en una proporción muy elevada, desnaturaría el propio derecho de superficie".

En la misma línea hay algunos autores que son defensores del contrato atípico de cesión de superficie con reversión parcial de lo edificado.<sup>86</sup>

La formulación de este supuesto consistiría en que mientras se construye el edificio se constituyese un derecho de superficie de plazo corto y con reversión parcial, y una vez concluido, se constituye en Régimen de Propiedad Horizontal, desapareciendo el derecho de superficie hasta entonces existente "por agotamiento de su finalidad". Como contraprestación a la concesión del derecho de superficie, se pacta expresamente a favor del concedente, la atribución o reversión en propiedad horizontal definitiva de determinadas

---

<sup>84</sup> Art. 158-3º de la Ley del Suelo.

"Cuando se constituyere a título oneroso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada por la concesión o de un canon periódico, en la reversión gratuita al dueño del suelo, llegado el término convenido, de la propiedad de lo edificado, o en varias de estas modalidades a la vez".

<sup>85</sup> De los Mozos: El derecho de superficie... Cit. Pag. 339.

<sup>86</sup> García-Arango y Díaz-Saavedra: El derecho de superficie con reversión parcial de lo edificado como solución aplicable registralmente al cambio de suelo por vuelo. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pag. 510. Sobre la permuta de solar por derecho de vuelo vid. Merino Hernandez: El contrato de permuta. Tecnos. Madrid. 1978.

plantas, locales o plazas de garaje del edificio a construir.

Esta fórmula resulta interesante para el constructor desde el punto de vista económico, ya que le evita los desembolsos por la compra del solar, concentrando el esfuerzo financiero únicamente en la construcción.

También Cardenaba Coya y García Pumarino Ramos,<sup>87</sup> admiten la posibilidad de constituir un régimen de propiedad horizontal, formado tras la reversión de parte de los pisos al dueño del suelo quedando los restantes en poder del superficiario. Aunque señalan que es justo lo contrario lo que prevé el art. 172-3º de la Ley del Suelo de 1976, que exige la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo.<sup>88</sup> Y que con idéntico contenido es recogido por el actual art. 288-3º de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992.

En el derecho portugués, sin embargo la Ley de 1948, en su art. 29, establece que el superficiario no podrá apropiarse, en caso de reversión o extinción de su derecho, de partes integrantes del edificio.<sup>89</sup>

Del estudio realizado, se desprende que en base a las leyes urbanísticas no es posible que la Corporación Local y demás personas públicas realicen este contrato, pues se establece la obligación de reversión total de la propiedad superficiaria, y además, no encaja con su finalidad de fomento en la construcción de viviendas o para otros usos de interés social. Y no creo que a la Administración le interese desafectar el suelo público

---

<sup>87</sup> Cardenaba Coya y García Pumarino Ramos: El derecho de superficie y el Registro de la Propiedad... Cit. Pag. 425.

<sup>88</sup> Ley del Suelo de 1976:

Art. 172-3º: "...o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo que se hubiere pactado al constituir el derecho de superficie".

<sup>89</sup> Art. 29 "O superficiário nao pode epropriar-se, no caso de reversao ou de extinção do seu direito, de partes integrantes do edificio".

para la obtención de parte de la propiedad superficiaria, teniendo en cuenta que la va a conseguir a la finalización del plazo de constitución del derecho.

Sin embargo, considero que los particulares, en la modalidad urbana común, si pueden pactar tal contrato atípico.<sup>90</sup>

Con ello, en definitiva, se reafirma el carácter esencial de las notas más típicas del derecho de superficie actual, como son: la temporalidad, la reversión de la construcción superficiaria al término del derecho, y, sobre todo, la construcción y el mantenimiento de la edificación superficiaria en suelo ajeno. Por lo que admitir este contrato atípico, a mi juicio, en modo alguno supondría desvirtuar la figura, sino que estaría compuesto de notas diferentes a las propias del derecho de superficie. (No olvidemos que en la figura que se propone, existe sólo parcialmente la edificación en suelo ajeno, pues ya se sabe que a muy corto plazo 5-10 años, el constructor va a tener que cambiar el suelo por parte del vuelo, como alguna planta o local).

En conclusión, entiendo que como todo contrato atípico, nace como consecuencia de su aplicación práctica y utilidad social. Aunque no creemos que el legislador urbanista, al regular el derecho de superficie pensara en el otorgamiento de facilidades sobre todo fiscales, (aunque desde la ley de 1976, y actualmente, en la de 1992 éstas se establecen),<sup>91</sup> para la construcción en beneficio de intereses privados como parece ser la

---

<sup>90</sup> Entiendo por contrato atípico el que presenta diferencias notables con el regulado por la ley, y que es utilizado por las partes para unos fines concretos ante las nuevas necesidades del tráfico. En este caso el contrato típico establece la reversión total de lo edificado, sin embargo, debido a las nuevas realidades económicas es posible pactar la reversión parcial como situación atípica.

<sup>91</sup> Los beneficios financieros y fiscales concedidos por la Administración vienen recogidos en el art. 174 de la L.S que establece que "gozará de las ventajas que se establezcan reglamentariamente en la concesión de calificaciones, préstamos y ayudas previstas en la legislación protectora de viviendas". (Art. 11 del Texto Refundido de Viviendas de Protección Oficial, y el art. 16 del Real Decreto-Ley de 21 de octubre y

finalidad de esta figura atípica, sino promover el desarrollo inmobiliario, sobre todo, en terrenos públicos.

Un problema conectado con la reversión, es la posibilidad de pacto entre las partes, consistente en la demolición de la edificación tras el transcurso del plazo previsto como duración del derecho. Al ser la reversión un elemento consustancial una norma de carácter imperativo, en la modalidad urbanística, tal y como ya hemos argumentado, no es posible, a mi juicio, el pacto de demolición de la construcción, ni cabe tampoco concretar la pertenencia de los materiales tras la destrucción de la propiedad superficiaria.<sup>92</sup> Pactos que si pueden ser válidos en la modalidad urbana común.

Lo que si cabe, en base al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, es el supuesto contrario, es decir, la restauración de la propiedad superficiaria (construcción preexistente) a cargo del superficiario antes de la extinción del derecho por el transcurso del tiempo. En este caso, cabría pactarse una indemnización a favor del superficiario por los costos de la reconstrucción pactada cuya ventaja está en que el superficiario no dejará en ningún momento de mantener en buen estado la edificación aunque se vaya acercando el término o plazo de duración previsto en el título constitutivo.

---

concordantes de la legislación del Impuesto sobre transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados).

Y en la actual Ley del Suelo de 26 de junio de 1992, que establece en su art. 290 que "la concesión del derecho de superficie por los Ayuntamientos y demás personas públicas y su constitución por los particulares gozará de los beneficios derivados de la legislación de viviendas de protección pública, siempre que se cumplan los requisitos en ella establecidos".

<sup>92</sup> La cuestión se suscita porque en el derecho italiano, en cambio, si es posible pactar que la construcción se demuela y que los materiales sean del superficiario. Todo ello como consecuencia de la configuración del derecho como creador de una propiedad separada, generalmente con carácter perpetuo, desligada totalmente del suelo sobre el que se alza. El pacto expreso de las partes deberá contenerse en el contrato de constitución del derecho, y ello porque puede perjudicar a terceros.

En una situación intermedia se encuentra el derecho francés, pues, como ya hemos señalado, la reversión de la propiedad de la construcción a manos del arrendador no constituye una norma de carácter imperativo, aunque, parece que en la mente del legislador no ha estado presente en ningún momento otorgar al inquilino la posibilidad de demoler el edificio superficiario objeto y fundamento del arrendamiento para construir.

En el ordenamiento portugués no se señala nada al respecto.

#### **4.- Pacto de conversión del derecho de superficie en arrendamiento.**

El estudio de este punto se encuentra en conexión con la inexistencia de una disposición, en nuestra regulación urbanística, que establezca la prórroga de la propiedad superficiaria. Sin embargo, un criterio práctico de mayor utilización de la figura, a mi juicio, sería la admisión de la conversión del superficiario en arrendatario, tras la reversión de la propiedad, solucionándose, por otro lado, el tema anteriormente estudiado de la prórroga. No sería equitativo, que a la extinción del derecho urbanístico de superficie por término de plazo, y su consiguiente reversión a la administración, se adjudicasen las viviendas a otros sujetos, en concepto de arrendamiento. Tampoco descartamos el supuesto de creación de un nuevo derecho de superficie, tras la finalización del primero o incluso la venta de la propiedad superficiaria y del suelo (aunque esto nos parece más difícil en la modalidad urbanística siguiendo el criterio del legislador).

Todos estos contratos -posibles al amparo de la autonomía de la voluntad, y, por consiguiente, posibles en el ámbito civil- surgirían tras la finalización del derecho de superficie, y aunque no afectan al estudio de la institución, sí resuelven posibles situaciones sociales, y en mayor medida, en relación con la Administración, cuyo fin es la creación del derecho de superficie "con destino a la construcción de viviendas o a otros usos de interés social".

De este modo, entiendo que, es posible que las partes pacten, en ambas modalidades, la conversión del superficiario en arrendatario, tras la finalización del plazo de duración del derecho y la reversión al dueño del suelo de la propiedad superficiaria.<sup>93</sup> La razón de la admisión de este supuesto estriba en que la misma conversión de superficiario (propietario temporal de la construcción) en arrendatario (titular de una relación obligatoria), significa que la reversión ya se ha producido, y por consiguiente, el superficiario ha dejado de ser el propietario temporal de la construcción superficiaria.

En conclusión, tras la extinción del derecho de superficie, y siguiendo las disposiciones de carácter imperativo formuladas por la ley urbanística u obligatorias pactadas por los particulares, la propiedad superficiaria revierte al propietario del suelo (pues aunque se hubiera pactado prórroga o un nuevo derecho de superficie, al fin siempre la construcción será propiedad del concedente del derecho).

---

<sup>93</sup> Por ejemplo, en el PLAN 18.000: "...el Ayuntamiento podrá autorizar al superficiario a permanecer en la ocupación, bajo el régimen de arrendamiento o similar, siempre que tal situación sea coherente con la finalidad de esta actuación municipal."

### III.- ONEROSIDAD O GRATUIDAD EN EL DERECHO DE SUPERFICIE

#### 1.- Introducción

La doctrina, no sólo española sino también extranjera, entiende que el derecho de superficie puede constituirse a título oneroso (venta, permuta..), o, a título gratuito (donación, legado). Se ha venido considerando la onerosidad como un derecho del concedente, denominado "derecho a la contraprestación".<sup>94</sup> Su origen se encuentra en la tradición histórica, al haber nacido unido al contrato de arrendamiento, donde la principal obligación del arrendatario, y, por consiguiente, derecho del arrendador, es la obtención de la renta a cambio del goce de la cosa arrendada, y al censo enfiteútico, donde una obligación del titular del censo era la de pagar el canon.

El derecho a la contraprestación podía y puede pactarse de múltiples formas, pero debemos señalar que aunque consiste generalmente en el pago de un precio (suma alzada única, canon periódico), en caso de que se constituya a través de permuta, regirán las reglas de la misma.

No obstante, hoy el canon no es un requisito esencial en el derecho de superficie, y así, lo ha puesto de manifiesto tanto las disposiciones urbanísticas, como la doctrina.<sup>95</sup> Las partes quedan en libertad para pactar, o no, la contraprestación.

Por último hemos de exponer como la Jurisprudencia, en un primer momento utilizó dicho requisito para reconducir la institución superficiaria al arrendamiento, cuando ambas eran confundidas.<sup>96</sup>

---

<sup>94</sup> Roca Sastre: Ensayo sobre el derecho de superficie... Cit. Pag. 47.

<sup>95</sup> Guilarte: El derecho de superficie... Cit. Pag 265, De los Mozos: El derecho de superficie...Cit. Pag. 333.

<sup>96</sup> Así, la STS de 3 de julio de 1941 (Rep. Aranz. 891), señala que: "la relación jurídica constituida, por la que se cedió el uso de un solar mediante retribución periódica -



## **2.- Objeto de la contraprestación en el Derecho español. Exposición y comparación con la situación en Derecho Comparado.**

A lo largo de las diferentes leyes urbanísticas que se han ocupado del tema, se ha mantenido esencialmente el carácter oneroso de la institución,<sup>97</sup> pero sin desconocerse su constitución de forma gratuita, aunque esta no se expresaba legalmente (pues podía inferirse a sensu contrario de la letra del artículo).

Así, la primitiva Ley del Suelo de 1956, señalaba en el art. 158 apartado 3º que:

"cuando se constituyere a título oneroso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en la concesión de una suma alzada por la concesión o de un canon periódico, en la reversión gratuita al dueño del suelo, llegado el término convenido, de la propiedad de lo edificado, o en varias de estas modalidades a la vez".

Por otro lado, el art. 16-1º del Reglamento Hipotecario en su apartado b) señala la obligación de "determinar el canon o precio que haya de satisfacer el superficiario, si el derecho se constituyere a título oneroso, pudiéndose estipular la reversión del todo o parte de lo edificado a favor del dueño del suelo al expirar el plazo convenido".

El canon periódico al que se hace referencia, debemos suponer que es un canon dinerario, y así se constituye generalmente, salvo que expresamente se disponga otra cosa.<sup>98</sup> El importe del canon deberá determinarse expresamente en el título constitutivo,

---

solarium- con permiso de edificación, se aprecia sin duda alguna que se trata de un arrendamiento en el que se ha injertado un derecho de superficie, con soldadura tan íntima en un sólo nexo que sería inútil pretender que se mantuviera su sustancia jurídica separando los elementos componentes de naturaleza generalmente personal por lo que se refiere al arriendo, y a la vez de naturaleza real, propia del derecho de superficie...".

<sup>97</sup> Con carácter previo a la determinación del contenido de la prestación se establece en la Ley del Suelo un límite mínimo para el caso en que la superficie se constituyese por una entidad pública a título oneroso. En esta hipótesis el valor mínimo de la contraprestación del superficiario será equivalente "al valor urbanístico del aprovechamiento real" que corresponda al bien dado en superficie, tal y como previene el art. 284-1 LS (con carácter de norma subsidiaria a la de las Comunidades Autónomas). Prats Albentosa: Derechos reales y Derecho Inmobiliario registral... Cit. Pag. 599 y 600.

<sup>98</sup> Fuentes Lojo (Suma de la propiedad por apartamentos... Cit. Pag. 385) afirma que "no hay dificultad en admitir que este canon pueda ser en dinero o en frutos, por aplicación

haciéndose referencia a la cantidad a liquidar, por parte del superficiario, durante la existencia del derecho, así como, la forma y los plazos del pago del canon.<sup>99</sup> Igualmente, puede pactarse un aumento progresivo del mismo, e incluso pactar una cláusula de estabilización.<sup>100</sup> De esta forma no se llegaría a plantear el problema contenido de la **STS de 6 de octubre de 1987**.<sup>101</sup>

---

del artículo 1.613 del Código Civil. Debiendo entenderse por frutos los que se puedan ocasionar con motivo de la construcción realizada".

<sup>99</sup> Por ejemplo: "CANON DEL DERECHO DE SUPERFICIE. La contraprestación por la cesión del derecho de superficie sobre las parcelas objeto de esta convocatoria será de nueve mil (9.000) pesetas por cada metro cuadrado de superficie de la parcela.

FORMA DE SATISFACER EL CANON. El superficiario podrá satisfacer el canon de cualquiera de las formas siguientes:

a).- Pago al contado.

b).- Pago diferido.

En todo caso en el momento de la firma del contrato privado de cesión del derecho de superficie se entregará como mínimo el 25% del canon, mediante cheque bancario.

En caso de pago diferido de la cantidad aplazada, que no superará el 75% del total del canon, será satisfecha en un máximo de dos años desde la firma del contrato.

Incluirá el principal y los intereses correspondientes a una tasa del 14% anual y se instrumentará mediante efectos comerciales aceptados y avalados por entidad bancaria."

ARPEGIO (Areas de Promoción Empresarial. S.A.)

Cesión del derecho de superficie sobre parcelas del area de producción de la "Ciudad de la Imagen" destinadas a la implantación de la industria audiovisual.

<sup>100</sup> Roca Sastre: Ensayo sobre el derecho de superficie... Cit. Pag. 47 y 48.

<sup>101</sup> **STS de 6 de octubre de 1987** (Rep. Aranz. 6720). Supuesto en el que tras haberse pactado la prórroga de un derecho de superficie entre un particular a favor de una Sociedad que construyó un complejo hotelero y fundamentándose "en el aumento de valor de las edificaciones y la diferencia entre los cánones percibidos y lo que realmente podría haber obtenido como renta arrendaticia por alquiler de temporada de verano". Se pretendía que "el principio de equidad o aplicación de la cláusula rebus sic stantibus como igualmente cualquier fórmula correctora de la simplista aplicación de la regla pacta sunt servanda, en atención a la desorbitante desproporción de las prestaciones recíprocas de las partes de acuerdo con lo convenido, por el advenimiento de circunstancias económicas en el transcurso del tiempo que hacen irritante el cumplimiento del contrato".

El T.S. señala que en base a que el aumento de valor del inmueble es producto de la plus valía, que dicho aumento era circunstancia previsible para ambas partes contratantes y que el derecho de superficie "por su carácter de derecho real, está sometido a un estatuto cuya rigidez no encaja con las doctrinas propugnadas por la recurrente que son propias de las relaciones negociales de índole personal dentro del campo de derecho de obligaciones".

Sin embargo, la nueva redacción de la Ley de 1976 cambió este párrafo 3º del art 158, pasando además a ser el art. 172-3º. Las modificaciones, objeto de largas sesiones en la Comisión,<sup>102</sup> finalizaron con el siguiente texto:

"cuando se constituyere a título oneroso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada por la concesión o de un canon periódico, o la adjudicación en viviendas o locales o en derechos de arrendamiento de unas u otras o en varias de estas modalidades a la vez..."

En la actualidad, es recogido el contenido de dicho precepto, sin variación alguna, en el art. 288-3º de la Ley del Suelo de 1992.

Por lo que respecta al *Derecho foral de Navarra*, hay que puntualizar que no se señala nada referente al pago de canon alguno. Lo que de alguna manera confirma la tesis a favor de la consideración del canon, no como un requisito esencial de la institución jurídica que estamos estudiando, sino como un pacto que pueden establecer, o no, las partes.

La situación en el Derecho Comparado, no es uniforme, y, varía según la diferente concepción de la institución.

En el derecho italiano, no hay ningún precepto que prevea la obligación de pago de canon alguno. En caso de que las partes pacten expresamente tal obligación, deberá

---

En conclusión, tras estos razonamientos, el T.S. no estima el recurso.

<sup>102</sup> El texto llevado a la Comisión para su estudio, hacía referencia al hablar de las formas de pago o de la contraprestación a título oneroso, que "podrá consistir en el pago de una suma alzada o en el pago de viviendas o locales". El **Sr Marco Tabar** indicó que debería decirse "en entrega de viviendas o locales o en constitución de derechos arrendaticios".

El **Sr. Martínez Emperador** de la Ponencia, tras las alusiones del Sr. Marco Tabar, señala la corrección de la alegación y que habría que variar este concepto, diciendo "podrá consistir en el pago de una suma alzada por la concesión, o de un canon periódico, o entrega de viviendas, locales o derechos de arrendamiento de unas u otras o en varias de estas modalidades a la vez". Cortes Españolas. Sesiones de Comisiones. Legislatura X. 1971-1977. T. 18. Nº 462. 25 de febrero de 1975. Pags. 25 a 27.

reglamentarse en el título constitutivo. En la concesión del derecho de superficie ad aedificandum, el canon puede consistir en el pago de una suma global o en un canon periódico. Así mismo, Salis señala que no surge problema alguno con la hipótesis de la enajenación de la construcción ya existente, pues en tal caso el pago no es otra cosa que el precio de una transferencia normal de la propiedad.<sup>103</sup>

Una cuestión importante a destacar aparece recogida en la Ley de 22 de octubre de 1971, referida a la construcción de casas de tipo económico. En su art. 35 se dispone cómo debe preverse en el contrato de concesión del derecho de superficie el canon, así como su revisión periódica, y otras circunstancias relativas al mismo.<sup>104</sup>

En el derecho francés, la existencia del canon se establece expresamente en el supuesto del arrendamiento con facultad para construir.<sup>105</sup> Al igual que cualquier otra variedad de arrendamiento, éste es un contrato a título oneroso, cuya forma de pago puede ser en dinero o en especie, en parte, o en su totalidad (el artículo 251-5 del Code de la construction et de l'habitation establece cierto número de reglas aplicables en uno o en otro

---

<sup>103</sup> Salis: Superficie... Cit. Pag. 951

<sup>104</sup> Ley de 22 de octubre de 1971, Programmi e coordinamenti dell'edilizia residenziale pubblica. Norma sobre la expropiación por utilidad pública (arts. 35, 36 y 37), que modificó la Ley número 167 de 18 de abril de 1962, Disposizione di aree fabbricabili per l'edilizia economica e popolare.

Art. 35: En el acuerdo debe preverse:

a) El canon de la concesión en igual medida al coste de adquisición del suelo, así como el coste relativo a la obra de urbanización si ya se ha realizado.

b) El canon de la obra de urbanización a realizar a cargo del Municipio o del Consorcio, cuando esa obra sea erigida a cargo y expensas del concesionario..."

e) Los criterios para la determinación y la revisión periódica de los cánones, así como la determinación del precio de cesión de la vivienda cuando ésta sea consentida.

g) Los criterios para la determinación de la retribución en caso de la renovación de la concesión, cuya duración no puede ser superior a aquella prevista en el acto originario..."

<sup>105</sup> Sin olvidar en ningún momento que si se constituye a través del contrato de compraventa, siempre es a título oneroso.

caso).

En el ordenamiento portugués, la Ley de 6 de junio de 1948 dispone como un deber del superficiario, el pago de un precio único o de una pensión anual en dinero, tal y como se hubiera establecido inicialmente.<sup>106</sup>

También el Código Civil portugués, dentro de la regulación minuciosa realizada en el Capítulo III de los derechos y obligaciones relativos al superficiario y al propietario del suelo, menciona la obligación de pagar el canon por el superficiario. Así, los artículos 1530 y 1531, inician dicho Capítulo con disposiciones referentes a la cuantía del canon y a la forma de pago del mismo.<sup>107</sup>

Igualmente, la Ley del Suelo señala que el derecho de superficie puede ser cedido contra el pago de una cuantía determinada o en prestaciones periódicas. (art. 21-1º).<sup>108</sup> En el caso en que el precio se pague en prestaciones periódicas, el mismo será revisado, salvo estipulación en contrario, siempre que se verifiquen alteraciones en las condiciones de aprovechamiento del terreno, por modificaciones en las normas reglamentarias del plano de ocupación del suelo. (art. 21-2º).<sup>109</sup>

---

<sup>106</sup> Ley 2030 de 6 de junio de 1948:

Art. 23-1º e): "O pagamento de um preço único de uma pensao anual, em dinheiro, como for inicialmente estabelecido."

<sup>107</sup> Arts. 1530 y 1531 del Código civil portugués.

El art. 1530 señala que en el acto de constitución del derecho de superficie podrán acordarse la forma de pago, pudiendo el superficiario pagar de una sola vez, o anualmente. El pago siempre se realizará en dinero.

Por su parte el art. 1531 establece la forma de pago. así dispone que en caso de mora o incumplimiento, el propietario del suelo tiene derecho a exigir el triple del canon.

<sup>108</sup> Art. 21-1º Lei dos Solos:

"O direito de superfície pode ser cedido contra o pagamento de uma quantia determinada ou de prestações periódicas".

<sup>109</sup> Art. 21-2º Lei dos Solos:

"No caso em que o preço for pago em prestações periódicas, será o mesmo revisto,

#### A.- Constitución a título oneroso

Mientras que no tiene sentido la existencia de límite sobre aquello en lo que puede consistir la contraprestación, respecto a la modalidad urbana común, si tiene importancia en relación con la modalidad urbanística.

Del artículo 288-3 de la Ley del Suelo se deduce que la contraprestación podrá materializarse en alguna de las siguientes modalidades:

- el pago de una suma alzada.
- el pago de un canon periódico.
- la adjudicación de viviendas o de locales.
- la adjudicación de derechos de arrendamiento de viviendas o de locales
- o, varias de estas modalidades a la vez.

Las *dos primeras modalidades* no presentan ningún problema. Lo único digno de resaltar, y siguiendo a Prats Albentosa,<sup>110</sup> es que las sumas obtenidas por los Ayuntamientos por la concesión en superficie de bienes integrantes del Patrimonio Municipal del Suelo, pertenecen a éste y deberán destinarse a la conservación y ampliación del mismo (arts. 276.2 y 277.1 de la Ley del Suelo).

La Ley del Suelo de 1976 introdujo, también como novedad, otras modalidades de constitución del derecho de superficie a título oneroso. Estas se recogían en la última parte del art. 172-3º donde se hacía referencia a "...la adjudicación en viviendas o locales o en derechos de arrendamiento de unas u otras o en varias de estas modalidades a la vez.."

Esto significaba que la fijación del precio podía considerarse en términos muy

---

salvo estipulação em contrário, sempre que se verifique alteração das condições de aproveitamento do terreno, por modificação das normas regulamentares do plano de ocupação do solo".

<sup>110</sup> Prats Albentosa: Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral... Cit. Pag. 600.

amplios. Por ejemplo, la aportación del suelo en concepto de derecho de superficie, sin contraprestación económica, a cambio de que se entreguen superficies ya edificadas sobre ellas (pisos o locales), de las que pueda disponer el concedente libremente; o por ejemplo la creación de derechos arrendaticios...<sup>111</sup>

O también, como señala Laso Martínez,<sup>112</sup> "es posible que se pacte la conmutación voluntaria del precio o canon mediante la capitalización en un derecho definitivo a favor del concedente".

En la nueva Ley del Suelo de 26 de junio de 1992, esta modalidad no ha variado, y se encuentra recogida en el art. 288-3º, incluso con los mismos términos ya señalados anteriormente. En relación con la *adjudicación de viviendas o de locales* se pueden plantear distintas cuestiones.

En primer lugar, entendemos que del texto se infiere que el superficiario entregará en pleno dominio a la Administración Municipal viviendas o locales, que entrarán a formar parte del Patrimonio municipal del Suelo.

Prats Albentosa señala la posibilidad de que tales viviendas o locales sean propiedad del superficiario con anterioridad a la concesión del derecho de superficie, pero también puede ser que los bienes que se adjudiquen a la entidad pública sean algunos de los resultantes del procedimiento edificatorio de la propia concesión, "constituyendo éste un

---

<sup>111</sup> Modalidades todas ellas recogidas del derecho francés, en concreto del pago en especies del arrendamiento para construir, como veremos a continuación.

<sup>112</sup> Laso Martínez (El derecho de superficie en el ámbito urbanístico. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pag. 358) señala que este supuesto es igual "a la legítima del cónyuge viudo, que el Código Civil permite la conmutación del derecho de percibir unos bienes en usufructo a que se le entreguen como un capital definitivo".

mecanismo semejante a la denominada permuta de solar por obra"<sup>113</sup>

Mayores problemas se plantean en relación con *la adjudicación de derechos de arrendamiento de viviendas o de locales*. De la literalidad del precepto parece deducirse que la contraprestación consiste en la adjudicación del superficiario a la Administración de derechos de arrendamiento sobre viviendas o locales. Sin embargo, la cuestión a determinar radica en si en realidad lo que el legislador quiso fue sugerir un pacto obligacional, o, si pretendió admitir como contraprestación la cesión del superficiario de su posición de arrendatario en contrato de arrendamientos vigentes.<sup>114</sup>

B.- Cuestiones relacionadas con la contraprestación.

a.- Naturaleza de la obligación de pagar el canon.

En cuanto al cobro de esta prestación, la doctrina se ha preguntado si en realidad

---

<sup>113</sup> Prats Albentosa: Derechos reales y derecho inmobiliario registral... Cit. Pag. 600. También señala que en su opinión la opción que mayores beneficios reporta a la entidad pública es la primera, ya que permite el incremento de los bienes patrimoniales de la entidad o del Patrimonio Municipal del Suelo, lo que resulta más acorde con la intención del legislador. De manera que al finalizar el derecho de superficie, le revertirá la edificación superficiaria, sin necesidad de indemnización alguna al superficiario, incremento al que habrá de sumarse el ya producido en el momento del pago de la contraprestación consistente en la adjudicación de viviendas o de locales de propiedad del superficiario.

<sup>114</sup> A juicio de Prats Albentosa, ambas opciones plantean problemas de tipo diverso. Y ello porque "el pacto por el cual se conceda el derecho de arrendar a la entidad pública, únicamente tendrá efectos obligacionales, constituyéndose sobre la base de una prohibición convencional de no disponer (obligación negativa) impuesta al propietario/superficiario, que en modo alguno le priva de capacidad para dar en arrendamiento. En consecuencia podrá, quebrando el pacto, ceder válidamente a un tercero el bien en arrendamiento, sin que el contrato celebrado pueda verse atacado por la Administración, a quien únicamente le quedaría la vía del resarcimiento por el incumplimiento." Continúa señalando que "más factible resulta la cesión a la persona pública del crédito que ostenta el superficiario contra el arrendatario de alguno de sus bienes, cesión del crédito que estará sometida a las reglas del Código Civil y que exigirá al menos la comunicación al arrendatario a fin de que este realice el pago al nuevo acreedor". El inconveniente de esta posibilidad tropieza con la temporalidad de la relación arrendaticia que determinaría el uso muy restringido de este tipo de contraprestación en la práctica.



esta obligación del superficiario atribuye al concedente un derecho de crédito que pueda garantizarse a través de una hipoteca.

Roca,<sup>115</sup> parte de que "el canon periódico sólo atribuye al dominus soli un derecho personal o de crédito, sin que implique una carga real propia de la pensión de los censos, ni menos obligación ob rem". Por otro lado, señala que el art. 16 del R. H. dispone la necesidad de inscripción, en el título público de constitución del derecho de superficie, de las garantías de trascendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato.

Continúa haciendo hincapie en que "la única forma de garantizar el pago del canon será a través de hipoteca o prenda, de forma que si el superficiario queda insolvente por enajenar su derecho, sin que el adquirente asuma el débito del canon, el dominus sólo podrá perseguir para el cobro al primer superficiario, sin que el nuevo superficiario quede obligado al pago a pesar de ser él quien haya procedido a edificar, y ser por consiguiente el primer propietario de ella."

De los Mozos,<sup>116</sup> destaca su naturaleza de obligación personal que no se transforma con la inscripción de la garantía (hipoteca), sino que únicamente dicha obligación adquiere eficacia real, eficacia que denomina indirecta "en virtud de la accesoriedad de la hipoteca", diferenciándose así de las obligaciones reales.

Entiendo que estamos ante una obligación que cuando se pacte forma parte del contenido integrante del derecho de superficie, caracterizándole.

En caso de que las partes no hayan pactado ninguna garantía especial para hacer frente al incumplimiento del pacto sobre el pago del canon, la transmisión de esta obligación se

---

<sup>115</sup> Roca Sastre: Ensayo sobre el derecho de superficie... Cit. Pag. 47 y 48.

<sup>116</sup> De los Mozos: El derecho de superficie.. Cit. Pag. 333.

regirá por las normas generales, requiriéndose el consentimiento del dominus soli.

b.- Transmisibilidad de la obligación de pagar el canon.

En relación con la naturaleza de la obligación de pagar el canon, se ha planteado si se considera como una obligación que debe transmitirse automáticamente a todos los sucesores a título particular, por entenderse conectada la obligación al derecho de superficie, o, sólo le afecta al titular primitivo, por ser una obligación de carácter personal.

En la doctrina italiana,<sup>117</sup> también se ha discutido el tema. Parte de la doctrina,<sup>118</sup> sigue la tesis de la obligación personal, en cuanto que la obligación propter rem presupone la existencia de una precisa disposición legislativa.

Pugliese,<sup>119</sup> al contrario, señala que tal solución no es satisfactoria, ya que debe tenerse en cuenta que la obligación de pagar el canon, en cuanto que resulta de un título inscrito, constituye un límite del derecho de superficie, y que no es concebible que el adquirente obtenga el derecho con un contenido más amplio y más libre que el transferente del que trae causa. Igualmente señala que cuando una obligación sirve para delimitar el contenido de un derecho real sobre cosa ajena respecto a la propiedad de la cosa o respecto de otro derecho real, es obvio que vincula a todos los sucesivos adquirentes a título derivativo, sin que venga con ello a desmentirse la tipicidad de la obligación propter rem.

En nuestro derecho, la doctrina también ha tratado el tema, llegando a la conclusión

---

<sup>117</sup> Cendon: Superficie... Cit. Pag. 265; Pugliese: Superficie... Cit. Pag. 606; Quaranta y Preden: Superficie... Cit. Pag. 39.

<sup>118</sup> Balbi: Il diritto di superficie... Cit. Pag. 132 y Salis: Superficie... Cit. Pag 952.

<sup>119</sup> Pugliese: Superficie... Cit. Pag. 604.

Cendon (Superficie... Cit. Pag 267) sigue la tesis mantenida por Pugliese, es decir la que sustenta que la obligación de pagar el canon se transfiere a los sucesivos adquirentes, señalando que "es la más convincente, y que a su vez dicho argumento es extensible a otras obligaciones establecidas en el título, pues esto concurre a formar parte directamente del objeto del derecho."

de que en ambas modalidades de derecho de superficie, no hay duda de que tales obligaciones forman parte integrante del contenido del derecho real, aunque en su detalle puedan las partes precisarlos como crean conveniente,<sup>120</sup> desplegando sus efectos frente a terceros a través del aseguramiento de la obligación de pago.

Además en el derecho de superficie urbanístico, siendo su inscripción constitutiva, pasa la obligación del superficiario a formar parte del derecho, de manera que despliega sus efectos frente al tercero adquirente.

c.- Falta de pago de los cánones vencidos. Efectos.

A continuación cabe cuestionarse si es posible que la falta de pago pueda producir la resolución del contrato que origina el derecho de superficie.

Fuentes Lojo considera aplicable el art. 1124 C.C., de tal forma que, en el supuesto de que una parte no cumpla lo pactado, se posibilita inmediatamente a la otra a optar, o por exigir su cumplimiento, o por reclamar la resolución del contrato.<sup>121</sup>

Sin embargo Roca,<sup>122</sup> mantiene la analogía del derecho de superficie con el contrato de renta vitalicia donde no cabe la opción del art. 1124. Y ello porque "en este contrato una parte transfiere a la otra un capital en bienes muebles o inmuebles, y la otra constituye una renta vitalicia, de suerte que con esta constitución ha cumplido su prestación; el impago de alguna o algunas rentas o pensiones atribuye unos créditos singulares, pero sin afectar a la subsistencia del contrato, en sí mismo considerado. Lo mismo es

---

<sup>120</sup> Guilarte (El derecho de superficie... Cit. Pags. 267 y 268); Roca Sastre (Ensayo sobre el derecho de superficie... Cit. Pag 48) y Fuentes Lojo (Suma de la propiedad por apartamentos... Cit. Pag. 385) señalan la posibilidad de establecer garantías de trascendencia real para asegurar el cumplimiento de los pactos del contrato, como la hipoteca y la prenda.

<sup>121</sup> Fuentes Lojo: Suma de la propiedad por apartamentos... Cit. Pag 387.

<sup>122</sup> Roca Sastre: Ensayo sobre el Derecho de superficie... Cit. Pag. 49.

aplicable al derecho de superficie, donde el dominus soli concede un derecho de superficie a cambio de una constitución de renta, pensión o canon periódico."

A mi juicio, el canon no es un requisito esencial, institucional o integrante del derecho de superficie, ejemplo de ello es que a veces se pacta su constitución de forma gratuita. Sin embargo, una vez que se ha pactado, forma parte integrante del contenido del contrato y constituye una obligación para el superficiario, y un derecho para el concedente. De esta manera es posible la opción del art. 1124 del C.C. si así se pacta.

La cuestión se ha atajado en la práctica, por los ejemplos que hemos estudiado directamente, a través de la utilización de una condición resolutoria, donde se establece que en caso de impago de plazo, el cedente podrá optar por exigir el cumplimiento del contrato o la extinción del mismo.<sup>123</sup>

---

<sup>123</sup> Por ejemplo: "CONDICIONES RESOLUTORIAS. Tendrán el carácter de condición resolutoria expresa de la presente cesión de Derecho de Superficie, conforme al artículo 1124 del Código Civil, las causas siguientes:

a) La falta de pago, por el SUPERFICIARIO del canon o cualquiera de sus plazos; o de otras cantidades cuyo abono les corresponda. No procederá en caso de letras de cambio o pagarés avalados por entidad Bancaria.

El CEDENTE podrá optar entre exigir el pago de la totalidad del canon aplazado que reste por abonar, la subsanación de defectos o incumplimientos, o bien ejecutar la condición resolutoria con extinción del Derecho de Superficie, para lo cual bastará con una notificación notarial hecha al SUPERFICIARIO, siendo a cargo de éste los gastos que ello origine." ARPEGIO. (Areas de Producción Empresarial. S.A.) Cesión del derecho de Superficie para la creación de "la ciudad de la imagen".

PLAN 18.000 (Oferta de Suelo Municipal para la promoción de V.P.O. 1989-1991. Ayuntamiento de Madrid)

Igualmente se establece que "el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones previstas en este pliego de condiciones, traerá consigo la extinción del derecho de superficie y la resolución de la venta, siempre que previamente se hubiera requerido al afectado para su realización y hubiere transcurrido el plazo fijado al efecto sin cumplimiento".

"En consecuencia se produciría la consolidación anticipada de la propiedad del suelo y la superficiaria o la resolución de la venta a favor del Excmo. Ayuntamiento de Madrid, quien se subrogaría en las cargas hipotecarias que hubieren sido impuestas -para financiar las construcciones- sobre la propiedad superficiaria, hasta tanto se procediese a una nueva adjudicación. En el mismo acto, el Excmo. Ayuntamiento de Madrid haría suyo lo

C.- Reversión gratuita de la propiedad superficiaria.

Otra modalidad de contraprestación, que surgía de la aplicación de la Ley del Suelo de 1956 y del Reglamento Hipotecario, era la llamada reversión gratuita de la propiedad de lo edificado por el superficiario. Dicha modalidad consistía en la exoneración para el dominus soli de su obligación de indemnizar al superficiario por la edificación realizada tras la extinción del derecho de superficie.

Así, se establecía en el art. 161-2º de la primitiva Ley del Suelo el "deber de satisfacer al superficiario una indemnización equivalente al valor de la construcción según el estado de la misma en el momento de la transmisión".

Hoy no tiene razón de existir esta antigua forma de "ausencia de contraprestación", pues ha desaparecido la obligación de indemnizar al superficiario, en el campo urbanístico, pero puede pactarse en la modalidad urbana común.<sup>124</sup>

D.- Forma de la contraprestación en Derecho Comparado

El estudio de la contraprestación resulta interesante en el Derecho francés, pues se establecen diversas modalidades en cuanto al pago del canon (art. 251-5 Code de la construction et de l'habitation).

-Pago estipulado en especies.

El art. 251-5 párrafo 1º del Code de la construction et de l'habitation, señala que "el precio del arrendamiento puede consistir, en todo o en parte, en la entrega al arrendador, en las fechas y condiciones convenidas, de inmuebles o fracciones de

---

edificado, sin contraprestación alguna."

<sup>124</sup> Estudiaremos esta cuestión en el último apartado de este capítulo, cuando hablemos de la constitución del derecho de superficie a título gratuito.

inmuebles o de títulos que concedan en propiedad o en goce tales inmuebles".<sup>125</sup>

Así, se da paso al supuesto en que el constructor edifica las construcciones proyectadas, ya sea por él mismo o, por una sociedad de construcción y venta, y de otra parte, al supuesto en que el constructor puede dirigir la operación constituyendo una sociedad cooperativa de construcción.

Señala Saint-Alary,<sup>126</sup> que el legislador ha pensado, en el caso de los inmuebles o fracciones de inmuebles, que la entrega de éstos al arrendador, se comprenderá dentro del programa de la construcción. De modo que, las partes pueden convenir que el precio del arrendamiento consista en la entrega de otros locales pertenecientes al inquilino, o, de los títulos de una sociedad de atribución, llevados a cabo en otra operación realizada por éste último.

En el citado artículo, hemos hecho referencia a "las fechas y dentro de las condiciones convenidas". A mi juicio el plural utilizado no hay que tomarlo literalmente. Y ello porque ciertas entregas podrán ser convenidas sucesivamente, pero podrán igualmente estipularse de otra forma. De manera que, si por ejemplo, los inmuebles o fracciones de inmuebles que se van a entregar al arrendador están comprendidos dentro de las construcciones edificadas sobre su terreno, el contrato podrá prever que la entrega tendrá lugar en bloque, cuando se finalice el edificio.

La libertad que otorga la ley se manifiesta también sobre otro punto, al enunciar que, todo o parte del precio podrá ser en dinero. Entiendo que esto hace posible que sea

---

<sup>125</sup> Art. 251-5 párrafo 1º. C. constr. et hab.

"Le prix du bail peut cosister, en tout ou partie, dans la remise au bailleur, à des dates et dans des conditions convenues, d'immeubles ou de fractions d'immeubles ou de titres donnant vocation à la propriété ou à la jouissance de tels immeubles"

<sup>126</sup> Saint-Alary: Bail à construction... Cit. Pag. 4.

pagado, de una parte, en dinero, y de otra, en especie, por ejemplo, en dinero hasta la finalización de las construcciones, y a continuación, en especie.

- Pago estipulado en dinero.

En este caso la preocupación mayor del legislador, justificado por la larga duración del arrendamiento, es instituir un sistema de índices de precios favorables al arrendador.

Así el art. 251-5 párrafo 2º Code de la construction et de l'habitation señala que "si se estipula una renta periódica pagadera en dinero, esta renta estará afectada por un coeficiente revisable por periodos trienales contados a partir de la finalización de los trabajos (de construcción). No obstante, la primera revisión tendrá lugar a más tardar, a la expiración de los seis primeros años del arrendamiento".<sup>127</sup>

Entendemos, a la vista del texto legal, que no hay duda que el índice de renta periódica, no es una norma imperativa, por lo que las partes pueden estipular que el precio del arrendamiento sea pagadero de una sola vez en el momento convenido.<sup>128</sup> La variación del coeficiente de la revisión fijada por este párrafo 2º, es proporcional al valor catastral de los inmuebles. (párrafo 3º).<sup>129</sup>

---

<sup>127</sup> Art. 251-5 párrafo 2º. C. constr. et hab:

"S'il est stipulé un loyer périodique payable en espèces, ce loyer est affecté d'un coefficient révisable par périodes triennales comptées à partir de l'achèvement des travaux. Toutefois, la première révision a lieu au plus tard dès l'expiration des six premières années du bail".

<sup>128</sup> Saint-Alary (Bail à construction. Cit. Pag) afirma que la renta se obtiene calculando el valor medio del metro cuadrado obtenido de dividir la renta bruta global por la superficie útil de los locales, o las rentas arrendaticias de las instalaciones que se hayan obtenido durante el año civil señalado en el artículo.

Si estos locales no estuviesen finalizados durante dicho periodo, cualquier ocupación del mismo que dé lugar a la percepción de rentas arrendaticias, será el índice de coste de la construcción que es el precio para la base del cálculo del coeficiente de variación

<sup>129</sup> Art. 251-5 párrafo 3º C. Cosntr. et hab.:

"La variation du coefficient est proportionnelle à celle du revenu brut des immeubles. Le revenu pris pour base de la variation du coefficient est celui de la première année civile

En caso de pérdida de los edificios, el juego del coeficiente se suspende: la renta se mantiene hasta la reconstrucción eventual de los edificios destruidos.<sup>130</sup> El sistema de índices, tiene un carácter supletorio de la voluntad de las partes, las cuales pueden elegir otro sistema, como puede ser, por ejemplo, el aumento de la renta anual en vez de trienal.

En el derecho portugués, y en concreto en el Código Civil, se establece la forma de pago, en el mismo acto de constitución del derecho. Esta puede consistir en una única prestación, o en el pago anual, tanto si se ha constituido el derecho de superficie de forma temporal o perpetua. El canon consistirá siempre en dinero.<sup>131</sup>

En caso de mora o incumplimiento del pago por parte del superficiario, el propietario del suelo tendrá derecho a exigir el triple del canon pactado.<sup>132</sup>

En el mismo sentido se encuentran tanto la Lei dos Solos, que en su art. 21, establece la concesión del derecho de superficie contra el pago de una cuantía determinada, o de prestaciones periódicas, las cuales deberán ser revisadas; como la Lei Portaria que

---

qui suit celle de l'achèvement des travaux".

<sup>130</sup> Art. 251-5º último párrafo C. constr. et hab.

"En cas de perte des bâtiments, le loyer est maintenu au taux qu'il avait atteint à la date de cette perte jusqu'à reconstruction éventuelle des bâtiments détruits."

<sup>131</sup> Art. 1530. Código Civil português:

"Preço: 1.- No acto de constituição do direito de superfície, pode convencionar-se, a título de preço, que o supreficiário pague uma única prestação ou pague certa prestação anual, perpétua ou temporária.

2.- O pagamento temporário de uma prestação anual é compatível com a constituição perpétua do direito de superfície.

3.- As prestações são sempre em dinheiro".

<sup>132</sup> Art 1531. Código civil português:

"Pagamento das prestações anuais. 1.- Ao pagamento das prestações anuais é aplicável o disposto nos artigos 1505º e 1506º, com as necessárias adaptações.

2.- Havendo mora no cumprimento, o proprietário do solo tem o direito de exigir o triplo das prestações em dívida."



regula la concesión del derecho de superficie para la creación de polígonos industriales.<sup>133</sup>

#### E.- Constitución a título gratuito

La Ley del Suelo de 1976, introdujo expresamente como novedad, la constitución del derecho de superficie de forma gratuita, cuando el concedente fuera el Estado u otras personas públicas.<sup>134</sup>

Así, en su art. 172-1º se establecía que:

"la adjudicación directa del Estado y demás personas públicas, podrá hacerse gratuitamente o por precio inferior al coste, siempre que los terrenos sean destinados a los fines previstos en los arts. 166 y 169".

Del sentido del texto se infiere que se trata de casos excepcionales. Evidentemente esta gratuidad está pensada concretamente para las Entidades Públicas que pueden desarrollar una gran labor social mediante concesiones de terrenos para la edificación.<sup>135</sup>

La actual regulación de la Ley del Suelo, de 26 de junio de 1992, recoge el mismo espíritu que la ley anterior, aunque ha variado su expresión. Así el art. 288-1º señala que:

---

<sup>133</sup> Lei Portaria nº 954/81 de 6 de Noviembre.

Art. 7: 1º "En los derechos de superficie pueden pactarse precios globales, anuales y mensuales.

2º Los precios anuales y mensuales podrán estipularse cuando el plazo fuera de 20 años, en ese caso podrá ser objeto de actualización de 5 en 5 años...

3º El pago del precio se efectuará al inicio de los periodos.  
Por otro lado, el art. 9 señala "que habiendo prórrogas, los nuevos precios serán fijados de acuerdo con el precio base en vigor al inicio de la prórroga".

<sup>134</sup> No hay que olvidar que desde el inicio de este capítulo, hemos partido de la posibilidad de constitución del derecho de superficie de forma gratuita, cuando se realiza entre particulares, vease el supuesto de que el título por el que se constituye es un legado o una donación.

Sin embargo, ni la Ley del Suelo de 1956, ni el Reglamento Hipotecario señalaban esta posibilidad, aunque parecía que se admitía "entre líneas". Así la Ley del Suelo hacía referencia a que "cuando se constituyere a título oneroso...", lo cual hace pensar que se podía constituir a título gratuito. En el mismo sentido se encuentra el Reglamento cuando dispone "...si el derecho de superficie se constituyere a título oneroso..."

<sup>135</sup> Artículos que regulan la cesión de terrenos públicos.

"el procedimiento de constitución del derecho de superficie y el carácter oneroso o gratuito del mismo, se regirán por lo dispuesto en el capítulo anterior (el cual hace referencia al patrimonio municipal del suelo y a sus distintas modalidades de cesión) para los diversos supuestos".<sup>136</sup>

En relación con este punto hay que señalar que algún autor<sup>137</sup> es contrario a la existencia del derecho de superficie de carácter gratuito, señalando que su admisión supone "un lapsus del legislador" ya que no es posible por el carácter esencialmente oneroso de toda relación superficiaria.

Se trata de una opinión que, a mi juicio, no está fundada, pues no es precisamente una característica del derecho de superficie su onerosidad, como ya hemos señalado. Además, no hay más que estudiar la realidad para observar cómo, aunque no la mayoría, si un número elevado de derechos de superficie que se están constituyendo en la actualidad por el Ayuntamiento sobre suelo público, son a título gratuito.

González Pérez,<sup>138</sup> por otro lado, considera que hay dos modalidades de creación del derecho de superficie de forma gratuita:

Por un lado, que la gratuidad sea para ambas partes. El superficiario no tendrá que pagar cantidad alguna por la utilización del suelo. Y el dueño del suelo no tendrá que indemnizar al superficiario cuando se extinga el derecho de superficie. Señala igualmente, que en este

---

<sup>136</sup> Ejemplo de constitución gratuita del derecho de superficie: "El Pleno del Ayuntamiento de Madrid en sesión pública celebrada el 30 de diciembre de 1986, aprobó los pliegos de condiciones para la adjudicación gratuita de la concesión del Derecho de Superficie sobre terrenos de propiedad municipal en el Anillo Verde de Vicálvaro II,... ADJUDICA directamente el DERECHO DE SUPERFICIE a favor de la Cooperativa de viviendas "Vicus Albar, Sociedad Cooperativa"... (Registro de la Propiedad de Madrid Numero 30. Ayuntamiento de Vicálvaro. Sección Primera. Libro 471. Tomo 2229. Finca 23916)

<sup>137</sup> Miquel Calatayud: Consideraciones sobre el derecho de superficie edificativo en el ordenamiento jurídico español... Cit. Pag. 614.

<sup>138</sup> González Pérez: Comentarios a la Ley del Suelo. 6ª ed. Civitas. Madrid. 1993. Pag. 1521.

caso no existe gratuidad para el superficiario propiamente dicha, pues tendrá que entregar gratuitamente el edificio, construido a sus expensas.

La otra modalidad que recoge es aquella donde la gratuidad es sólo para el superficiario, pero no para el concedente que deberá abonar el valor de la propiedad superficiaria al extinguirse la relación.

De las palabras de González Pérez, se infiere, a mi modo de ver, el supuesto en que el superficiario no ha pagado ningún canon, ha disfrutado del dominio temporal de la propiedad superficiaria, y además el dominus soli se obliga a indemnizarle tras la reversión de la edificación. Creo que es un supuesto que raramente se va a dar en la práctica (aunque es posible) debido al desequilibrio de las prestaciones de ambas partes.

### **3.- Supresión de la obligación de indemnización.**

El derecho del superficiario a la indemnización fue introducido por la primitiva Ley del Suelo de 1956.<sup>139</sup> Su fundamento se encontraba, en un principio, en que la construcción representaba una obra de mejora para el fundo y, en tal sentido, era necesaria la indemnización.

Se entendía que incluso la indemnización debía efectuarse aún cuando el superficiario no hubiese cumplido con su deber de construir en el plazo y modo previstos (art. 159-1º). Incluso tras la extinción del derecho de superficie, como consecuencia de no haber construido (en el plazo y modo previstos), el propietario del suelo estaba obligado a indemnizar, aunque la misma no podía ser de cuantía superior a los dos tercios de lo que representare la mejora.

---

<sup>139</sup> Art. 161-2 Ley del Suelo de 1956:

"Cuando se extinga el derecho de superficie, el dueño del suelo adquirirá la propiedad de la edificación y, en defecto de pacto, deberá satisfacer al superficiario una indemnización equivalente al valor de la construcción según el estado de la misma en el momento de la transmisión".

La Ley del Suelo de 1976 suprimió, como es obvio para la modalidad urbanística, la obligación del concedente de indemnizar al superficiario, tras la reversión de la propiedad superficiaria.<sup>140</sup> Lo que no afectó a la modalidad urbana donde las partes, en base al principio de la autonomía de la voluntad, pueden pactar lo contrario.

La supresión por la Ley urbanística de la obligación de indemnizar da pie al surgimiento de un derecho de superficie que algunos autores han calificado de hiperoneroso, pues el superficiario queda sujeto a pagar durante la vigencia de su titularidad un canon periódico o una suma alzada por la concesión, quedando además afectado por la reversión

---

<sup>140</sup> Este punto fue objeto de discusión en la Comisión tras el informe presentado a la misma, donde ya desaparecía la indemnización presente en el anterior artículo 161-2º de la Ley del Suelo de 1956. Las cuestiones que se planteaban en torno a la indemnización eran diferentes.

Por un lado, la **Srta. Primo de Rivera y Saenz de Heredia**, planteaba en su enmienda si "en ciertos casos de ampliación del derecho de superficie, no en beneficio propio ni para lucro personal, sino para entidades que han establecido instalaciones sociales o culturales, se pudiera pactar que al tener que desalojar esas superficies, se pudiera dar una indemnización."

Por otro lado, el **Sr. Poveda Murcia**, haciendo referencia al texto del informe que se le presenta y que dice "cuando se extinga el derecho de superficie por haber transcurrido el plazo el dueño del suelo hará suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización.." con lo cual a su juicio "se establece una posición casi, casi de derecho público el que pueda indemnizarse o no...". Continúa señalando que "si queremos fomentar el derecho de superficie, al primero que hay que animar es al que vaya a construir, y si al constructor (desde luego, es mucho más equitativa la posición de la legislación anterior) no se le asegura nada, si luego no va a recibir nada, es posible que no construya nada y que, por tanto, no solicite la concesión del derecho de superficie."

En último término, y en sentido contrario, el **Sr. Rosillo Herrero**, dudando de la eficacia de la Institución entre particulares entiende que "hay que mantener, desde luego, la temporalidad fundamentalmente y creo que también es necesario no admitir la posibilidad de indemnización, porque en ese caso también endureceríamos el problema o lo haríamos inviable."

El **Sr. Martínez Emperador** de la Ponencia, haciendo alusión únicamente a la enmienda de la Srta. Primo de Rivera, señala que "no ve posibilidad de acceder a esto, porque representaría la propia desnaturalización de este derecho, y eliminaría la ocasión de aplicar un carácter social al derecho que se pretende constituir en estos momentos."

En conclusión, se mantiene el texto en cuanto a la supresión del derecho de indemnización. Cortes Españolas. Sesiones De Comisiones. Legislatura X. 1971-1977. T. 18. Nº 462. 25 de febrero de 1975. Pags. 28, 31, 32 y 33.

sin indemnización.

Entiendo que no estamos ante un derecho que recoga tal calificativo, y ello porque el superficiario se ha convertido en dueño durante un plazo amplio de tiempo, a cambio de un canon.

Sin olvidar en último término, que la supresión de esta obligación afecta a aquellos derechos de superficie constituidos sobre suelo patrimonio municipal, y por consiguiente, su principal interés no es el enriquecimiento municipal, sino la de cubrir una necesidad social como es, por ejemplo, la creación de viviendas, reservándose la propiedad del suelo y obteniendo el plusvalor de las edificaciones.

En el supuesto de que las partes hayan pactado el pago de indemnización no hay duda que la propiedad superficiaria pasa automáticamente al dominus soli, en base al derecho de accesión, independientemente de si se ha efectuado el pago o no.

En el Derecho italiano, la doctrina<sup>141</sup> señala que la adquisición de la propiedad superficiaria por el propietario del suelo no está subordinada al pago de una indemnización. Sin embargo, tal previsión puede haberse pactado por las partes y haberse insertado en el negocio constitutivo del derecho de superficie. También se mantiene que, en el supuesto de haber establecido un derecho de superficie por tiempo determinado, el propietario del terreno consiente en el establecimiento de una indemnización indirecta, en la práctica, por la concesión del derecho. Lo que significa que, en el acto de la constitución del derecho, el concedente no recibe ninguna recompensa, sino que incrementa el propio patrimonio a la extinción de la concesión, adquiriendo la propiedad de la construcción. Y el superficiario, que pierde la construcción adquirida, ha obtenido el valor del uso y del goce durante

---

<sup>141</sup> Pugliese: Superficie... Cit. Pag. 606.

el tiempo de la concesión de la obra alzada sobre el suelo ajeno.<sup>142</sup>

Por otro lado, el Codice Civile, y en concreto en el art. 2816, se tuvo en cuenta el posible pacto de indemnización al superficiario tras la reversión. En dicho precepto se dispone que la hipoteca que tiene por objeto el derecho de superficie, se extingue en el caso de devolución de la superficie al propietario del suelo por el transcurso del término, estableciendo, que "en caso de que el superficiario tenga derecho a una indemnización, la hipoteca inscrita contra él, se resolverá sobre la indemnización misma".

En el sistema portugués, el Código Civil guarda silencio en este punto frente a la Lei de 6 de junio de 1948 donde se establece como, un derecho del superficiario, la indemnización tras la reversión de la propiedad superficiaria al dueño del suelo.<sup>143</sup> La Ley del Suelo, en su art 21-3º, señala la existencia de tal derecho cuando así se hubiere convenido en el título de constitución.<sup>144</sup>

En conclusión, podemos señalar que aunque la indemnización al superficiario tras la reversión de la propiedad superficiaria a manos del concedente no forma parte del contenido del derecho, es posible que se pacte la misma en el título de constitución del mismo. Sin olvidar que, gracias a una indemnización al término del plazo por el valor residual de las inversiones realizadas, sin ir en contra de la institución, podría estimular uno de sus fines esenciales -la reversión- pues si no lo que si se produciría sería una

---

<sup>142</sup> Quaranta y Preden: Superficie... Cit. Pags. 52 y 53.

<sup>143</sup> Lei 2030 de 6 de junio de 1848.

Art. 14-1º: b) O direito de ser indemnizado, nas condições convencionadas, quando, no termo do direito de superficie, a propriedade do edificio passar para o proprietario do solo ou quando se der a reversao nos termos de nº 2 do artigo 27."

<sup>144</sup> Art. 21-3º. Lei dos Solos.

"Os superficiários terao direito a indemnizaçao pela extinçao do direito de superficie, quando assim for convencionado no título de constituição".

progresiva destrucción de las construcciones.

## IV.- FACULTAD DE DISPOSICION DEL SUPERFICIARIO

### Y LIMITACIONES A LA MISMA

#### 1.- Facultad de disposición <sup>145</sup>

La facultad dispositiva del superficiario es la posibilidad que tiene de realizar actos que afecten a la sustancia del derecho o la subsistencia del mismo. De manera que puede enajenar o transmitir el derecho de superficie o la propiedad superficiaria a otra persona ("pasando entero" el derecho a otro titular); puede desglosar del contenido de su derecho un conjunto de facultades, quedando el titular privado de ellas (p. ej: contratar un derecho de arrendamiento en favor de otra persona, quedando limitado el superficiario en el goce de la edificación, aunque no por ello deja de ser propietario), o extinguir libremente su derecho sin atribuírselo a nadie (renuncia del derecho).

A.- Estudio legislativo, doctrinal y jurisprudencial.

Para la modalidad urbanística de derecho de superficie el art. 287-3º de la Ley del Suelo de 1992, reconoce la transmisibilidad del derecho de superficie y, su posibilidad de ser sujeto a gravamen, con las limitaciones que se hubiesen establecido en el título de su constitución.

El antecedente de dicho precepto, lo encontramos en el art. 157- 2º de la Ley del Suelo de 1956 que, con la misma expresión, admitía su transmisibilidad. Aunque en su regulación, señalaba claramente alguna limitación a ésta regla general, como la contenida en el art. 159-3º, que establecía que el superficiario no podía enajenar su derecho sin la autorización del dueño del suelo en tanto no hubiera edificado en la mitad de lo convenido,

---

<sup>145</sup> Recordando lo ya visto, dentro de los derechos del superficiario encontramos en primer lugar, la facultad de realización directa: utilización, goce y disfrute (construcción, conservación, reconstrucción, sobreedificación). En segundo lugar, la facultad dispositiva a la que nos vamos a referir ampliamente a continuación. Y por último, otro conjunto de facultades como la de preferencia, de exclusión y de persecución.



salvo pacto en contrario.

La limitación no era de carácter absoluto, sino que dependía de la autorización del propietario, y de haber edificado al menos la mitad.

De los Mozos,<sup>146</sup> extendía esta limitación no sólo a la posibilidad de enajenar sino también a la de gravar, quedando prohibido, por lo tanto, hipotecar el derecho de superficie, y también, ser objeto de embargo.

No obstante, esta limitación desapareció en la Ley del Suelo de 1976. A mi juicio el fundamento de tal supresión se encuentra -siempre pensando en la modalidad urbanística- en que no tiene justificación, ya que no cabe la posibilidad de que el adquirente del superficiario no se subrogue en todas las obligaciones, pues al ser constitutiva su inscripción, pasan a formar parte del contenido propio del derecho de superficie, y todas las obligaciones relativas a los actos de disposición son oponibles frente a todos.<sup>147</sup>

El Reglamento Hipotecario, que no olvidemos desarrolla la Ley del Suelo de 1956, menciona en su art. 16- 1º d), la necesidad de que se reflejen en el título constitutivo todos los pactos relativos a los actos de disposición del superficiario.

Roca Sastre,<sup>148</sup> critica el sentido de este precepto reglamentario, al considerar que siendo la facultad de disposición del superficiario de carácter institucional, no es posible pensar que sólo cabe la realización de actos de disposición, cuando ello se hubiera pactado en el título constitutivo. Del mismo modo, señala la imposibilidad de que tal facultad pueda ser

---

<sup>146</sup> De los Mozos: El derecho de superficie en general... Cit. Pag 311.

<sup>147</sup> No debemos olvidar la existencia de los derechos de adquisición preferente, a los que nos referiremos más tarde, que en parte pueden considerarse como una limitación, y que se establecían en el art. 160-1º de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956. En dicho precepto se concedían los derechos de tanteo y retracto a favor del dueño del suelo en las enajenaciones onerosas efectuadas por el superficiario a terceros.

<sup>148</sup> Roca Sastre: Ensayo sobre el derecho... Cit. Pag. 54 y ss.

directamente prohibida.

Pero ¿qué ocurre con la modalidad urbana? En base al principio de autonomía de la voluntad, las partes pueden pactar tanto la transmisión como el gravamen del derecho de superficie y de su objeto, la propiedad superficiaria. Si dicha modalidad accede al Registro, deberán reflejarse en la inscripción tales pactos, como así expresamente señala el Reglamento, y así ser oponibles a terceros.

Por otro lado, la Jurisprudencia, admite el poder de disposición del superficiario, al considerarlo propietario de la construcción superficiaria. Así, la sentencia de **3 de julio de 1941**,<sup>149</sup> reconoce, a sensu contrario, la facultad de disposición del superficiario o dueño del dominio útil, como expresamente lo califica manteniendo que (en el arriendo):

"quien arrienda ha de tener la facultad dispositiva del uso o goce de toda la cosa arrendada... mientras que en el contrato de referencia (arrendamiento complejo por habersele insertado un derecho de superficie), el arrendador no podía disponer libremente hasta la terminación del plazo de vigencia del contrato del uso del Teatro, ya que entretanto pertenecía en dominio útil al arrendatario...".

En idéntico sentido se encuentra la **STS de 5 de enero de 1967**,<sup>150</sup> y posteriormente, la **STS de 1 de febrero de 1979**,<sup>151</sup> que aunque supone una vuelta atrás en la concepción de la figura al tratarla como un supuesto de dominio dividido, que se traduce en la terminología empleada, no por ello niega al superficiario la libertad de disposición.

---

<sup>149</sup> **STS de 3 de julio de 1941** (Rep. Aranz. 891).

<sup>150</sup> **STS de 5 de enero de 1967** (Rep. Aranz. 73) "Se autoriza al cesionario para levantar construcciones sobre obras de fábricas preexistentes así como para la venta de los edificio que construya con la sola condición de hacer constar en la escritura de transmisión que el terreno en que están alzados los edificios es propiedad de la parte cedente..".

<sup>151</sup> **STS de 1 de febrero de 1979** (Rep. Aranz. 420). "En atención a que la superficie divide el dominio, invistiendo al superficiario de la libre disposición, pudiendo dar en anticresis, someter a servidumbre y aún enajenar la superficie sin necesidad de consentimiento del otro sujeto de la relación, por lo que fue conceptualizado en los textos históricos de cuasi dominus, non iure directo sed utiliter."

Una de las Sentencias que ha tratado el tema, es la de la **Audiencia Territorial de Oviedo de 11 de junio de 1988**, que declara la existencia de un "derecho de superficie, derecho real que tiene un evidente contenido económico y es transmisible por herencia".<sup>152</sup>

Por lo que respecta a las **Resoluciones de la D.G.R.N., la de 24 de abril de 1913**,<sup>153</sup> también reconoce la posibilidad del superficiario de gravar su propiedad superficiaria, compuesta en este caso por una fábrica y un ferrocarril, con una hipoteca.

La Compilación de Navarra el apartado 4º de la Ley 428, establece que:

"son transmisibles por actos inter vivos y mortis causa, a no ser que se constituyesen como personalísimos<sup>154</sup> o se hubiere condicionado su transmisión al consentimiento del propietario, o limitado de otro modo su transmisibilidad."

Igualmente en su apartado 5º dicha Ley, establece que: "son hipotecables en la misma medida que son transmisibles. Lo edificado o plantado en ejercicio de estos derechos quedará sujeto a la misma hipoteca".

Según Salinas Quijada,<sup>155</sup> la permisión de los actos a que aluden estos apartados obedece al principio de libertad de pacto y a la práctica notarial. Es coincidente con la regulación del Derecho común.

La **STS de 4 de febrero de 1993**,<sup>156</sup> también recoge el poder de disposición del superficiario, aunque de las palabras que se transcriben a continuación entendemos que

---

<sup>152</sup> **S. de la Aud. Terr. de Oviedo (R.G.D. Año 1989. Pags. 3371 y ss)** señala que "este derecho, en cuanto integrante del caudal hereditario, debe ser inventariado y, previa su valoración, ha de ser tenido en cuenta en la partición."

<sup>153</sup> **R. 24 de abril de 1913 (J. C. Parte II. 1913. Pag 167 y ss)**, establece en sus considerandos "que las escrituras en que se hipotequen edificios construidos en suelo ajeno deben expresar esta circunstancia, así como la de entenderse la hipoteca reducida al derecho que tuviere el dueño de lo edificado y de que se constituye sin perjuicio del propietario del terreno."

<sup>154</sup> Supuesto que estudiaremos en el apartado siguiente por un interesante matiz.

<sup>155</sup> Salinas Quijada: Derecho civil foral... Cit. Pag. 32.

<sup>156</sup> **STS de 4 de febrero de 1993 (Rep. Aran. 782)**

había también una cláusula donde se obligaba al superficiario a solicitar con carácter previo la autorización administrativa. Así se señala que:

se "permite en la estipulación tercera de dicha escritura a D. Salvador el derecho de poder ceder, transmitir, enajenar o gravar el derecho de superficie adquirid" ... "posteriormente el cesionario solicita autorización del Ayuntamiento para ceder su derecho, siendo la misma concedida por Acuerdo Plenario municipal..."

#### B.- Situación en el Derecho Comparado.

Con carácter general podemos señalar que la libertad de disposición se admite en todos los sistemas jurídicos.

En el ordenamiento italiano, la doctrina<sup>157</sup> señala que el titular del derecho de superficie tiene la libre disponibilidad de la construcción, pudiendo enajenarla y constituir sobre ella otros derechos reales. Si el derecho de superficie fue constituido por un tiempo determinado, al transcurso del mismo, se extinguen tales derechos.

En el sistema francés, se establece también el derecho de disponer que tiene el superficiario. Así, puede aportar las superficies a una sociedad, enajenarlas, e hipotecarlas, pero no podrá, al ser un derecho inmobiliario, concederlo en prenda. Si podrá tanto gravar, *como constituer en su beneficio servidumbres cuando sean necesarias para el ejercicio del derecho*.<sup>158</sup>

El art. 251-3 párrafo 3º del Code de la construction et de l'habitation, señala que:

"el inquilino podrá ceder todo o parte de sus derechos o aportarlos en sociedad. Los cesionarios o la sociedad no tendrán las mismas obligaciones que el cedente-superficiario, que permanece garante de la finalización del conjunto de las construcciones que se ha comprometido (con el dueño del suelo) a edificar en aplicación del artículo 251-1".<sup>159</sup>

---

<sup>157</sup> Torrente, Schlesinger: Manuale di diritto privato. Dodicesima edizione. Milano 1985. Pag. 348.

<sup>158</sup> Saint-Alary: Superficie... Cit. Pag. 3

<sup>159</sup> Art. 251-3 párrafo 3º C. Constr. et hab.:

"Le preneur peut céder tout ou partie de ses droits ou les apporter en société. Les

Saint-Alary,<sup>160</sup> señala que es frecuente que el inquilino, por ejemplo, un promotor, no sea la persona que efectivamente va a realizar la construcción. De ahí, que decida constituir una sociedad de construcción-venta,<sup>161</sup> o una sociedad de atribución,<sup>162</sup> para su realización.

Del precepto expuesto se deduce que el inquilino podrá ceder su derecho en todo o en parte a uno o más cesionarios. Estamos en el supuesto en el que aquél venda cuando estén finalizadas las obras, en todo o en parte los inmuebles o los pisos (fracciones de inmuebles) a los adquirentes. Estos serán los sustitutos del inquilino inicial dentro del arrendamiento.

Sin embargo cuando el inquilino, haciendo uso del derecho que se le reconoce, lo transmite, el arrendador puede encontrarse atado a uno, o varios cesionarios, o incluso, a una sociedad que no conoce, y que no le presentan las mismas garantías que el inquilino-superficiario, según lo dispuesto por el art. 251-3 párrafo 3º.

En un primer momento, dentro del sistema inicial de la ley de 1964, esta obligación de garantía no estaba limitada en el tiempo. Sin embargo, una ley posterior de 1975,<sup>163</sup> precisa que esta obligación cesará con la finalización de las construcciones que el inquilino

---

cessionnaires ou la société sont tenus des mêmes obligations que le cédant qui en reste garnat jusqu'à l'achèvement de l'ensemble des constructions que le preneur s'est engagé à édifier en application de l'article L 251-1".

<sup>160</sup> Saint-Alary: Bail à construction. Cit. Pag. 6

<sup>161</sup> Sociedad de construcción-venta. Definido en el art. 211-1 del Code de la construction et de l'habitation.

<sup>162</sup> Sociedad de atribución. Definido en el art. 212-1 del Code de la construction et de l'habitation.

<sup>163</sup> Ley nº 75-1328 de 31 de diciembre de 1975. Saint-Alary: Bail à construction... Cit. Pag. 6

está comprometido a edificar. Además, esta facultad de disposición del inquilino, es de carácter imperativo (el art. 251-8 declara de orden público el párrafo 3º de la ley 251-3). De esta forma, el arrendador no puede prohibir al inquilino la cesión del arrendamiento, o su aportación a una sociedad, pero este último no puede olvidarse de su obligación de garantía.

En el sistema portugués, también se establece en el art. 1534 del Código civil, la posibilidad de que el superficiario transmita su derecho, tanto por acto inter vivos como mortis causa.<sup>164</sup>

En conclusión, tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en los restantes, la regla general es la transmisibilidad del derecho, pero cabe la excepción, si así lo han querido las partes con fundamento en el principio de libertad de pacto, imponiéndose determinadas limitaciones a la libre disposición.

### **3.- Ambito de la facultad de disposición**

En relación con el objeto de la facultad dispositiva del derecho de superficie, (en ambas modalidades) el superficiario puede enajenar su derecho y constituir sobre el mismo, cualquier relación jurídica real o personal, pudiendo incluso constituir sobre su derecho otro de tipo real.<sup>165</sup> Todo ello fundamentado, en que las facultades mínimas del derecho de dominio, se presentan con nitidez en el derecho de superficie,<sup>166</sup> que no es más que

---

<sup>164</sup> Artigo 1534º: "Transmissibilidade dos direitos. O direito de superfície o direito de propriedade do solo são transmissíveis por acto entre vivos ou por morte".

<sup>165</sup> Guilarte ya realizó un estudio acerca de todas las posibilidades que se derivan del poder de disposición del superficiario. (Guilarte: El derecho de superficie. Cit. Pag. 245 a 256)

<sup>166</sup> En el mismo sentido lo exponen, Cabello de los Cobos y Mancha, F. y L. Mª: Derecho de superficie: Diversidad especificativa y régimen jurídico... Cit. Pag. 404.

un derecho real que otorga a su titular la propiedad temporal de un edificio sobre suelo ajeno.

A.- Constitución de derechos reales de goce.<sup>167</sup>

El superficiario puede constituir derechos reales sobre su derecho. De esta manera, y tanto si ya ha sido construida la edificación como si todavía no se ha realizado, puede constituirse un USUFRUCTO. El usufructuario, a efectos del goce del derecho de superficie o de la propiedad superficiaria, se encontrará en la posición que ostente el superficiario.

De todas formas habrá que estar a lo pactado en el título constitutivo. Si se concede el usufructo sobre el derecho de superficie, afecta a la facultad de construir (y, si se pacta, a la de reconstruir en caso de perecer el edificio), y también al goce de la edificación. Si se concede únicamente sobre el edificio superficiario, será el titular del derecho, el facultado para reconstruir.<sup>168</sup>

---

<sup>167</sup> No debemos olvidar, y por eso no referimos a ello en primer lugar, que el superficiario como titular de un derecho puede realizar toda clase de contratos cuyo objeto sea dicho derecho. Así, y como principales contratos frecuentemente realizados en la práctica nos encontramos con la venta y el arrendamiento del derecho de superficie.

En primer lugar, hay que hacer referencia a la VENTA DEL DERECHO DE SUPERFICIE, a través del cual se realiza la transmisión del derecho real íntegro. El nuevo titular se subroga en la posición del superficiario. Se le transmite la facultad de construir en suelo ajeno, y, la de conservar la construcción.

Por otro lado, el superficiario puede que haya hecho uso del derecho de superficie, y haya construido la propiedad superficiaria. En ese caso lo que se procede es a la VENTA DE LA PROPIEDAD SUPERFICIARIA, y del derecho de superficie del que trae causa. Todo ello en base a la consideración de que el dominio de las construcciones corresponde al superficiario.

También es posible que el superficiario pacte un ARRENDAMIENTO con un tercero. Para ello es necesario que el titular del derecho haya realizado ya la propiedad superficiaria, y el arrendamiento se constituya sobre la misma. Al igual que en los supuestos anteriores habrá que estar al título constitutivo y a la duración de la propiedad superficiaria.

<sup>168</sup> Si pereciese el edificio, como bien señala Guilarte, "deberá abonar al usufructuario los intereses correspondientes al valor del suelo y de los materiales", ya que a tenor del art. 517-1º del Código Civil, si el usufructo recayera sobre una finca y el edificio pereciera,

No hay que olvidar que el usufructuario tendrá la posesión del superficiario, pero nunca tendrá la nuda propiedad que la mantendrá siempre el superficiario mientras dure el derecho de superficie.

Al ser la propiedad superficiaria un bien inmueble, podría, a tenor del art. 1628 del Código Civil, ser gravada con el CENSO ENFITEUTICO. No obstante, al constituirse esta figura por tiempo indefinido mientras que el derecho de superficie y la propiedad superficiaria, que actualmente se utiliza con carácter temporal, resulta difícil su creación (a no ser que se pacte con carácter perpetuo).<sup>169</sup>

Evidentemente, al ser el superficiario el titular de la propiedad superficiaria, puede constituir cuantas SERVIDUMBRES afecten al edificio, siempre que no se extiendan más allá del límite temporal del derecho de superficie, y del límite material de su objeto.

Habrà que coordinar, a la hora de pactar las servidumbres, tanto la regulación legal del derecho de superficie como la legislación urbanística. Por ejemplo, no podrá pactar el superficiario, en favor del fundo vecino, la no construcción del edificio hasta transcurrido diez años, ya que habría una contradicción con la obligación impuesta al titular del derecho de superficie de construir en el plazo convenido.<sup>170</sup> Tampoco podrá constituir una servidumbre de construir a una determinada distancia, o a otra altura, pues podría contradecirse con lo dispuesto en los Planes Urbanísticos, pudiendo constituirse mientras no sea

---

el usufructuario tendrá derecho a disfrutar del suelo y de los materiales.

<sup>169</sup> Guilarte (El derecho de superficie. Cit. Pag 246) opina que en la modalidad urbana común si es posible, pues la superficie se constituye por tiempo indefinido por lo que el censo enfiteútico perpetuo por excelencia, tiene un perfecto encuadre. En la modalidad urbanística no cree que pueda nacer esta figura.

<sup>170</sup> Puede ser inferior a 10 años como limitaba el Reglamento a cinco años, aunque la Ley del Suelo de 1976 no señalaba plazo alguno y hoy, la Ley de 1992, señala que se dispondrá en la correspondiente licencia de edificación.



contrario a los mismos.

También es posible la creación de DERECHOS DE SUPERFICIE constituidos sobre parte del suelo cedido para la creación del primitivo derecho de superficie. Y, la creación de derechos de sobreedificación y subedificación superficiaria sobre la propiedad superficiaria. Ambos casos pueden resultar interesantes desde el punto de vista económico para el superficiario. En el primer supuesto, el superficiario puede ceder, por ejemplo, una vez que él ya ha edificado, el derecho de superficie, como derecho de mantener la edificación, sobre una parte de su derecho. O independientemente de si ya ha edificado o no, puede ceder una parte del terreno que tiene en derecho de superficie, a un tercero constituyéndose sobre el mismo otro derecho de superficie.

El problema surge a la hora de coordinar el goce de los distintos derechos, pues el segundo derecho de superficie no podrá contravenir lo pactado en el título constitutivo del primitivo derecho de superficie, ni perjudicar al dominus soli.

El segundo supuesto, puede también resultar beneficioso para el superficiario. Consiste en la concesión a terceros, por el superficiario, de derechos de sobreedificación y subedificación superficiarios. Para ello es necesario que se proceda a la construcción de la propiedad superficiaria, base material de los mismos. En este supuesto, no debemos perder de vista las limitaciones pactadas por las partes en el título, como tampoco las normas administrativas en cuanto a los límites de alturas.<sup>171</sup>

---

<sup>171</sup> Si se pacta la condición de edificar hasta una altura determinada y el superficiario no ha agotado su derecho, puede transmitir esta facultad de construir a un tercero hasta el tope máximo pactado en el contrato. Lo que está claro es que el dominus soli no podrá hacerlo, porque se ha desprendido de dicha facultad salvo pacto en contrario.

Habría que matizar que ocurre si no se ha pactado nada en el título constitutivo, y el superficiario no ha agotado su derecho respecto a la altura marcada por las leyes urbanísticas, ¿podría el dominus soli, edificar por encima de la esfera pactada? Está claro que en el caso de que en el título constitutivo no se diga nada, el derecho de construir corresponde al superficiario hasta el límite urbanístico admitido por el planeamiento. Por lo que,

## B.- Constitución de derechos reales de garantía.

Además de ser el derecho de superficie transmisible es susceptible de gravamen, y, por tanto, de constitución de HIPOTECA (Art. 107-5º Ley Hipotecaria)<sup>172</sup> y de ANTICRESIS.<sup>173</sup>

El art. 107-5º dispone la posibilidad de hipotecar el derecho de superficie. El antecedente de este precepto lo encontramos en el art. 107 de la L.H. de 1861, en la que se mencionaban los derechos hipotecables con restricciones.<sup>174</sup> Es indudable que hoy, de acuerdo con el actual precepto y el art. 287-3º de la Ley del Suelo (cuyo antecedente está en el art. 157-2º de la Ley del Suelo de 1956), se puede sujetar la garantía hipotecaria al derecho de superficie.

Se puede gravar con hipoteca el derecho de superficie en ambas fases, tanto antes de iniciarse la construcción, como después de surgida la propiedad superficiaria, pues como señala Guilarte,<sup>175</sup> en el primer caso, la hipoteca abarca todas las facultades integrantes

---

respondiendo a la cuestión planteada, el dominus soli debe contar con el permiso del superficiario, es más, es el propio superficiario quien debe otorgarle el derecho para construir hasta la altura determinada por las leyes urbanísticas, ya que debe edificar sobre el edificio base; con los posibles riesgos para el edificio superficiario base de las futuras plantas y molestias para el superficiario.

<sup>172</sup> Supuestos tratados al estudiar el contenido del derecho de superficie.

<sup>173</sup> Mezquita del Cacho (Derecho real de superficie en la Ley de 12 de Mayo de 1956... Cit. Pag 759) sostiene que es susceptible de ser gravada con anticresis, pues "tratándose de edificios explotables, que producen frutos civiles, ya que durante la vida de la superficie ésta adopta la estructura de una propiedad del vuelo, con lo que el gravamen del derecho viene a ser lo mismo que gravamen del edificio."

<sup>174</sup> El art. 107-1º de la LH 1861, señalaba que podía hipotecarse "el edificio construido en suelo ajeno, el cual si se hipotecará por el que lo construyó será sin perjuicio del propietario del terreno, y entendiéndose sujeto a tal gravamen solamente el derecho que el mismo que edificó tuviere sobre lo edificado"

<sup>175</sup> Guilarte: El derecho de superficie... Cit. Pag 253.  
Y Miquel Calatayud: Consideraciones sobre el derecho de superficie edificativo en el

del derecho de superficie, extendiéndose automáticamente a la edificación el vínculo superficiario.

#### **4.- Limitaciones a la facultad de disponer y gravar.<sup>176</sup>**

##### **A.- Clases.**

Tras el reconocimiento de la transmisibilidad del derecho de superficie en general, como una de las notas integrantes de su contenido, así como su reconocimiento legal específico en la propia Ley del Suelo, (su art. 287-3º dispone que el derecho de superficie será transmisible y susceptible de gravamen con las limitaciones que se hubieren fijado al constituirlo) hay que hacer referencia a la existencia de pactos que pueden limitarla.<sup>177</sup>

En principio en este punto rige también el principio de libertad contractual, sin más límites que las leyes, la moral y el orden público.

Cabe distinguir que se excluya absolutamente el poder dispositivo al superficiario,

---

ordenamiento jurídico español... Cit. Pag. 604.

<sup>176</sup> En el presente apartado queremos hacer constar la existencia en la práctica de las limitaciones a la facultad de disposición del superficiario con base en la normativa urbanística, y en la autonomía de la voluntad, así como todos los problemas que originan. No obstante, nuestra intención en ningún momento es realizar un estudio pormenorizado de las mismas, pues somos conscientes de las dificultades que plantean y dedicarnos en profundidad a su estudio sobrepasaría los límites del presente trabajo. Sin embargo como este Capítulo está dedicado las cuestiones prácticas de la institución, no queríamos pasar por alto su constancia en la realidad social aunque brevemente.

<sup>177</sup> Todos los pactos limitativos de la facultad de disposición deben ser adoptados de común acuerdo por ambas partes: No obstante, hay determinados supuestos en que el superficiario debe aceptarlas por que se le imponen. Nos referimos a la adjudicación del derecho de superficie por el Estado o entes públicos, donde el derecho se formaliza en contratos de adhesión.

Así, lo reconoce Badía Salillas (Las limitaciones de disponer a la facultad de transmitir el contenido del dominio y demás derechos reales impuestos al titular por acto jurídico. Examen crítico de nuestro Derecho. Comunicaciones y Ponencias al VI Congreso Internacional de Derecho Registral. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pag 1177) cuando afirma que "estos pactos en los actos onerosos suelen ser partes de un contrato de adhesión, en que una de las partes ha de asentir en bloque al clausulado preparado por la otra, o no contratar."

no pudiendo transmitir validamente, o, que se impongan limitaciones al superficiario en su facultad de enajenar. También es posible que el impedimento puesto por el concedente a la libre disposición tenga su origen en la concesión a un tercero, o, a él mismo de esa facultad de disposición.<sup>178</sup>

También debemos tener en cuenta la modalidad del derecho de superficie,<sup>179</sup> pues tanto la forma como el fundamento de la limitación es diferente.

En general, como ejemplo de las limitaciones a la facultad de disposición del superficiario, podría convenirse que el derecho se hubiese constituido como derecho subjetivado o personalísimo, es decir, como derecho cuya titularidad solamente pueda corresponder a una determinada persona, extinguiéndose con su muerte y, por tanto, siendo imposible su enajenación inter vivos o mortis causa. Puede, así mismo, pactarse la constitución del derecho de superficie durante la vida del superficiario, impidiéndose la transmisión del derecho tras su muerte, aunque no durante su vida.

---

<sup>178</sup> En este caso las restricciones a la libre disponibilidad de los derechos derivan para su titular de la atribución de un derecho correlativo a otra persona. Este segundo derecho confiere normalmente una facultad de adquisición preferente (opción, tanteo, retracto), de manera que más que una prohibición de disponer en sentido estricto, concurre un derecho ajeno. (Derechos que serán tratados más adelante).

Este tipo de prohibiciones de disponer son estudiados por Montes Penades: El modo testamentario y las prohibiciones de disponer. ADC. 1974. Pags. 302 y ss.

<sup>179</sup> **Un ejemplo de limitación en la modalidad urbanística**, lo constituye en el supuesto de cesión gratuita del derecho de superficie por el Excmo. Ayuntamiento de Madrid, a "Vicus Albar. Sociedad Cooperativa", sobre terrenos de propiedad municipal en el Anillo Verde de Vicalvaro II, donde se establece que: "En los actos de disposición inter vivos, sólo podrá realizarse la transmisión a favor de personas físicas, cuyos ingresos familiares no sean superiores a 3,5 veces el salario mínimo interprofesional, y que no sean titulares de otra vivienda en propiedad dentro de los límites territoriales de la Comunidad de Madrid..."

Posteriormente se detalla que "el incumplimiento de las obligaciones previstas anteriormente conllevará la EXTINCIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE, siempre que previamente se hubiere requerido al afectado para su realización y hubiere transcurrido el plazo al efecto sin cumplimentarlo".

Junto a estas limitaciones de disponer, se pueden pactar en el título constitutivo de igual modo limitaciones a la facultad de gravar el derecho, con los mismos límites señalados anteriormente (por ejemplo, podemos encontrar la limitación cuantitativa de las hipotecas...)

#### B.- Contenido, fundamento y efectos de las limitaciones

El objeto de estas prohibiciones es restringir el poder de disposición del superficiario, pactándose tanto la invalidez del acto transmissivo (porque se ha enajenado cuando estaba prohibido), como limitándose la enajenación (porque se le ha impuesto la obligación de enajenar pero con limitaciones).

La limitación es un pacto obligacional realizado entre las dos partes que configuran la existencia del derecho de superficie, pero que afecta a las dos partes de la transmisión prohibida, es decir, al enajenante-superficiario, que no puede transferir nunca o en determinados supuestos, y, al tercero-adquirente que no puede suceder en el derecho transmitido.

Generalmente en el título constitutivo, la transgresión de las limitaciones de disponer se puede configurar como un incumplimiento que funciona como condición resolutoria expresa,<sup>180</sup> dando lugar a la extinción del derecho de superficie, y produciéndose la reversión de la propiedad superficiaria.<sup>181</sup>

---

<sup>180</sup> "Tendrá el carácter de condición resolutoria expresa de la presente cesión de derecho de superficie, conforme al art. 1.124 del C.C, las causas siguientes:

-Si el superficiario incumpliera alguna de las limitaciones del mantenimiento de la titularidad y de su actividad establecidas en la Estipulación Séptima: Limitaciones a la libre transmisión del Derecho de Superficie". Contrato de cesión del derecho de superficie por ARPEGIO (AREAS DE PROMOCION EMPRESARIAL.S.A.), para la construcción de "La ciudad de la Imagen".

<sup>181</sup> Por ejemplo, en el supuesto de la cesión del derecho de superficie por ARPEGIO, se señala tras la exposición de las Condiciones Resolutorias, que: "El CEDENTE podrá optar entre exigir el pago de la totalidad del canon aplazado que reste por abonar (en caso

En relación con el Derecho Comparado, en el único ordenamiento donde se menciona a las limitaciones de disponer es el portugués. La Lei 2030 de 6 de junio de 1948, en su art. 25-1º, hace referencia a la existencia de las posibles cláusulas del título de constitución del derecho. Así, recoge en su apartado b), la dependencia de la autorización del propietario del suelo para la enajenación del derecho de superficie.<sup>182</sup>

También la Lei dos Solos portuguesa, adopta una limitación temporal de la enajenación del derecho en su artículo 20-2º, donde se señala que podrá convenirse la prohibición de enajenar el derecho durante cierto plazo, sujeto igualmente a la autorización de la Administración.<sup>183</sup> Igualmente en el Decreto 182/72 de 30 de Mayo, cuyo fin es el fomento de la habitación, se dispone, en su art. 10 que:

"en el título constitutivo del derecho de superficie deberá pactarse obligatoriamente que el superficiario, en los casos en que le fuera lícito ceder temporalmente, a título de arrendamiento o cualquier otro... no podrá dársele aplicación diferente a la pactada..."<sup>184</sup>

De la lectura de estas limitaciones, se desprende que su fundamento se encuentra, en la modalidad urbanística, cuando el derecho es concedido con fines de promoción social,<sup>185</sup> o, en ambas modalidades, cuando se concede para un determinado número de

---

de falta de pago), la subsanación de defectos o incumplimientos, o bien ejecutar la condición resolutoria con extinción del Derecho de Superficie".

<sup>182</sup> Art. 25-1º Do título de constituição do direito de superfície podem constar: "b) Dependência de autorização do proprietário do solo para a alienação do direito de superfície."

<sup>183</sup> Art. 20-2º Lei dos Solos:

"Para os fins do disposto na última parte do número anterior poderá convencionar-se, designadamente, a proibição da alienação do direito durante certo prazo e a sujeição da mesma a autorização da Administração."

<sup>184</sup> Decreto 182/72 de 30 de Maio. Diario Da Republica. I Serie. Nº 127. Pags. 719 y 720.

<sup>185</sup> Plan 18.000- viviendas de promoción social

personas con características comunes,<sup>186</sup> con lo que se pretende, que las viviendas superficiarias no sean objeto de tráfico jurídico.<sup>187</sup>

Consideramos admisible su constitución cuando estas son temporales o relativas; pero no creemos que sean posibles las limitaciones durante todo el tiempo de duración del derecho de superficie, porque ello equivaldría a la total supresión del poder de disposición de la propiedad superficiaria.

La cuestión fundamental se centra en si es posible que la transgresión del pacto prohibitivo sobre la disposición o gravamen del derecho de superficie, implique la extinción del mismo. Entendemos que sí, ya que en caso contrario tendría poca virtualidad práctica su imposición, y precisamente por ello se incluye a través de una condición resolutoria. Pero, ¿podría tener otra consecuencia?. Pensamos que en caso de que la prohibición de disponer fuera realizada en la modalidad urbana puede que también se pacte una cláusula penal. No obstante, a la Administración le interesa fundamentalmente la extinción del derecho, para su concesión a otro sujeto (tal y como hemos comprobado en los ejemplos expuestos).

En cuanto a la posición de la doctrina en relación con este tema, Roca Sastre,<sup>188</sup> considera "la facultad dispositiva como algo institucional, de suerte que creemos que no puede ser prohibida directamente con efectos reales...". Admite únicamente la existencia

---

<sup>186</sup> Viviendas sólo para personas vinculadas a la Universidad. PARS- plazas de aparcamiento cedidas en derecho de superficie sólo para personas residentes.

<sup>187</sup> El pliego de condiciones del Plan 18.000 señala: "En atención a la finalidad que rige esta actuación municipal y a su carácter de actividad de fomento, se entenderá que todo fraude en la transmisión de las viviendas y cualquier otra forma de transmitir las mismas que no sea prevista en este Pliego, queda incurso en la tipificación penal aplicable a las subvenciones públicas. La transmisión y cesión de las viviendas y sus condiciones deberá transmitirse fehacientemente al Ayuntamiento."

<sup>188</sup> Roca Sastre: Ensayo sobre el derecho de superficie. Cit. Pag. 55 y ss.

de "limitaciones temporales y racionales de disponer o de limitaciones fideicomisarias o de otra clase, derivadas de un título sucesorio".<sup>189</sup>

Hoy las limitaciones más usuales en la práctica, al ser impuestas generalmente por las Corporaciones Locales en la modalidad urbanística, tienen un carácter relativo, configurándose generalmente tanto a través de la figura usual de la venta <sup>190</sup> como del arrendamiento.<sup>191</sup>

También podemos considerar como una limitación a la facultad de disposición, la obligación de transmisión en favor del concedente, y no respecto a terceros, existente en la modalidad urbanística. (Aunque también se pacten los derechos de tanteo y retracto a favor del concedente).

En conclusión y en cuanto a su funcionamiento debemos decir que la prohibición surge dentro del derecho mismo, actuando sobre una de sus facultades típicas: el ius disponendi. Obedece a diversas causas que hacen necesaria o conveniente la inalienabilidad temporal de ciertos derechos, y actúa sobre el derecho mismo con carácter objetivo, sin atender al sujeto titular con ella gravado.

---

<sup>189</sup> Fuentes Lojo (Suma de la propiedad por apartamentos... Cit. Pag. 407), sigue en esta tesis a Roca.

<sup>190</sup> Por ejemplo: "El derecho de superficie no podrá ser transmitido a terceros hasta tanto no hayan transcurrido, al menos cinco años de actividad ininterrumpida" o "durante los quince primeros años de vigencia del derecho de superficie, a contar desde la entrega de las llaves, los adjudicatarios del mismo solamente podrán enajenarlo al..."

<sup>191</sup> "El alquiler se realizará exclusivamente en casos excepcionales, a favor de ..."



### C.- Acceso de las limitaciones al Registro.<sup>192</sup>

La prohibición de disponer por su propia naturaleza afecta al acto dispositivo, y, por consiguiente, repercute sobre el adquirente de la enajenación. De ahí que en las prohibiciones, la oponibilidad o eficacia erga omnes sea importante y se requiera el apoyo registral.<sup>193</sup>

En base al art. 26-3º de la L.H. las prohibiciones de disponer establecidas en testamentos, y actos a título gratuito, pueden ser inscritas "siempre que la legislación vigente reconozca su validez".

En principio, el derecho de superficie constituido por actos mortis causa, -por ejemplo, a través de testamento-, o aquellos contratos realizados a título gratuito -donación, tanto en la modalidad urbanística<sup>194</sup> como en la modalidad urbana, según el citado precepto, no hay duda alguna de que serán inscribibles, ya que la legislación vigente (Ley del Suelo) reconoce su validez.

Pero el problema que más importancia tiene para nuestro estudio es el que plantea el art. 27 de la Ley Hipotecaria, al establecer que:

"las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos de los no comprendidos en el artículo anterior,<sup>195</sup> no tendrán acceso al Registro, sin perjuicio de

---

<sup>192</sup> Aunque los aspectos registrales de la Institución ya han sido tratados, este punto vamos a exponerlo aquí por la unidad del tema objeto de estudio. No obstante, como hemos señalado al principio, nuestra intención únicamente se centra en exponer, sin deseo de profundizar, los problemas que se plantean en relación con el acceso o no de las prohibiciones de disponer al Registro de la Propiedad.

<sup>193</sup> Amorós Guardiola (Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente. (Comentario a la Sentencia de 12 de noviembre de 1963). A.D.C. 1965. Pags. 953 y ss), califica su acceso al Registro de esencial.

<sup>194</sup> Que son la mayoría de los ejemplos que hemos recogido, donde la Corporación Municipal, cede sus terrenos en derecho de superficie con un carácter gratuito para la construcción de viviendas de carácter social.

<sup>195</sup> El art. 26 de la Ley Hipotecaria se refiere a aquellas prohibiciones de disponer o enajenar cuyo origen se encuentre en la ley, en alguna resolución judicial o administrativa,

que mediante hipoteca o cualquiera otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento".

Esta disposición hipotecaria parte de que las prohibiciones de disponer son eficaces, aunque sin perjuicio de que su cumplimiento se asegure mediante hipoteca u otra forma de garantía real. Sin embargo, tales limitaciones no poseen eficacia erga omnes pues se prohíbe su acceso al Registro de la Propiedad. De manera que al no ser opuesta frente a terceros queda únicamente como un convenio entre las partes, por el que una de ellas tiene derecho a exigir una determinada conducta negativa de la otra, cuyo incumplimiento puede determinar la exigencia de daños y perjuicios. El tercero no se verá afectado por la adquisición, a menos que tenga conocimiento de la prohibición, en cuyo caso, y como señalan Díez Picazo y Gullón, ha cooperado con el obligado a la frustración del derecho del acreedor de la prestación, debiendo responder también de los daños y perjuicios.<sup>196</sup>

Sin embargo, en el caso de nuestro estudio, la cuestión se complica pues tanto la Ley del Suelo como el Reglamento Hipotecario, y en relación con la modalidad de derecho de superficie urbanístico, posibilitan la existencia de estos pactos limitativos a la capacidad de disponer del superficiario. Dicha complicación reside en el carácter constitutivo de la inscripción en esta modalidad urbanística, pues a la vista de lo dispuesto en el art. 27 de la L.H. ¿qué ocurrirá con tales cláusulas?. La doctrina no es unánime en cuanto a la solución del problema. Por un lado, hay autores que sostienen que los pactos limitativos

---

o las impuestas por el testador o donante en actos a título gratuito.

<sup>196</sup> Díez Picazo y Gullón (Sistema... Vol III. Pag.62) señalan que el problema que entrañan es la obtención de la nulidad de la adquisición del tercero, aunque mantiene que debería ser nulo, puesto que la mala fe nunca puede prevalecer (S. 16 de febrero de 1973).

Estoy de acuerdo con que el problema que plantean estas prohibiciones radica en los efectos que producen frente a los actos transgresores. Consideramos que todas las prohibiciones de disponer suponen una exclusión de la legitimación del afectado por las mismas, de manera que, todos los actos realizados en contra de las limitaciones deberían ser considerados nulos de pleno derecho (art. 6-3º C.C.).

a la libertad de disposición en materia de derecho de superficie, deben adaptarse al régimen general de los citados artículos 26 y 27. Dentro de esta corriente de pensamiento se encuentra Presa de la Cuesta,<sup>197</sup> que sostiene que "aunque el Reglamento esté observando un caso muy concreto, tal como es el del derecho de superficie, y por ello pudiera ser tomado como norma especial, dado que el mismo no declara expresamente la posibilidad de alterar el régimen general de la Ley, a ella habrá que adaptarse por tratarse de una norma de rango superior".

Por otro lado, Badia Salillas,<sup>198</sup> señala que tales limitaciones podrán estipularse con total y plena libertad, como excepción al art. 27, en base a preceptos específicos (hoy art. 287-3º L.S.).

En la práctica las limitaciones de disponer que han sido objeto de estudio, se encuentran garantizadas por una condición resolutoria unida a una cláusula penal que aseguran la prohibición temporal de disponer, sirviendo como un medio de garantía. Sin embargo, se deniega la inscribibilidad de esta condición, y en consecuencia, el cercenamiento de esa facultad dispositiva, sin perjuicio de sus efectos civiles. El fundamento de esta denegación se encuentra en que el pacto lo que trata de eludir es la falta de acceso al Registro de una prohibición de disponer, persiguiéndose por una vía indirecta este resultado.<sup>199</sup>

---

<sup>197</sup> Presa de la Cuesta: Causas del desinterés social en España por la propiedad superficiaria...Cit. Pag. 644 y ss.

<sup>198</sup> Badía Salillas: Las limitaciones a la facultad de transmitir el contenido del dominio y demás derechos reales impuestos al titular por acto jurídico... Cit. Pags. 1202 y ss

<sup>199</sup> Pero, ¿puede considerarse la condición resolutoria como una forma de garantía real? Siguiendo la tesis de **La Rica y Arenal** (Comentarios a la Reforma del Reglamento Hipotecario... Cit. Pag. 134) "la hipoteca u otra forma de garantía real servirán para asegurar el resarcimiento del perjuicio o el pago de la sanción estipulada si la prohibición temporal de disponer se incumple pero no a la misma prohibición, que en sí y en cuanto a sus

Sin embargo, no debemos olvidar que en nuestro derecho objeto de estudio, la obligación del superficiario consiste en edificar y mantener la construcción en concepto de propietario superficiario, pero originado como un derecho real sobre la finca del concedente. Y dentro de las limitaciones que éste puede imponer, se encuentran la de que no se transmita su derecho hasta haberse efectuado por ejemplo, todo o parte de la edificación, o, la prohibición de enajenación o gravamen por acto inter vivos total o parcialmente, en cuyo caso el dominio de los pisos revertirá al organismo o particular concedente.<sup>200</sup> Lo fundamental en la regulación de las limitaciones es que éstas respondan a un interés lícito, en tal caso, el Derecho debe reconocer la voluntad de las partes y favorecer su eficacia. Así, en el supuesto del derecho de superficie, y teniendo en cuenta las especificidades de la figura en la modalidad urbanística, podría considerarse que tales limitaciones se configuran como obligaciones que forman parte de la estructura del derecho, es decir, como un auténtico deber que recaé en la posición jurídica del sujeto pasivo, por la finalidad y el fundamento de tales limitaciones que modalizan el contenido del derecho de superficie. Argumento que tiene su importancia, junto a los anteriormente expuestos para señalar que para que sean oponibles dichas limitaciones a terceros, y al formar parte del propio derecho

---

efectos reales no cabe asegurar si se le cierra el acceso al Registro". Esta idea se encuentra apoyada por **Chico y Ortiz** (Estudios sobre Derecho Hipotecario. T. 1. 2º ed. Madrid. 1989. Pags. 487 y ss) que mantiene como "el cumplimiento efectivo sólo puede lograrse a través del cierre registral, lo cual supone una ineffectividad de la norma".

En los mismos términos **Badía Salillas** indica que "parece que el art. 27 no admite esta condición en garantía del cumplimiento de la prohibición, pues lo que se garantiza no es el cumplimiento mismo en forma específica de la misma sino la indemnización por su incumplimiento, con lo que la condición resolutoria que garantice el pago de ésta no va contra el art. 27, pues ya no es el enajenar lo que produce la resolución sino el no pagar la indemnización".

<sup>200</sup> **Badía Salillas** mantiene también que se trata de una excepción, señalando que "el fundamento de la admisión de estas limitaciones, ha de ser el carácter de la persona del superficiario, que ha de cumplir lo pactado al adquirir su derecho".

real, y precisamente por su propia trascendencia real, éstas acceden al Registro de la Propiedad. Aunque no hay que olvidar, en modo alguno, el precepto señalado en la propia Ley Hipotecaria.<sup>201</sup>

Y ello no sólo desde el punto de vista formal, debido al criterio claramente prohibitivo mantenido en este artículo 27 de la L.H. sino también desde el punto de vista material, pues, no consideramos que sea posible su inscripción ni siquiera en base a que la decisión de su validez o no, y, por consiguiente, de su inscribibilidad, debe enfocarse desde el punto de vista de la causa genérica del negocio -finalidad de garantía- sino atendiendo a la causa concreta -garantía de intereses merecedores de protección en la contratación inmobiliaria-. Opinión de Gómez Gállico, quien señala que estos elementos se dan en el derecho de superficie, donde además se reconoce legalmente la posibilidad de limitar la capacidad de disponer del superficiario en base a la L.S. Además existe un interés digno de protección por el Ordenamiento jurídico, todo lo cual lleva a poner en cuestión la tradicional negación absoluta en nuestro Derecho de las prohibiciones de disponer en actos a título oneroso.<sup>202</sup>

---

<sup>201</sup> En el mismo sentido ha mantenido ultimamente, Gómez Gállico (Las prohibiciones de disponer en el derecho español. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid. 1992. Pag. 168) la conveniencia de las prohibiciones de disponer en ciertos supuestos de negocios onerosos, siguiendo los planteamientos recogidos por Amorós (Prohibición contractual de disponer... Cit. Pags. 986 y ss) apunta como requisitos mínimos para la admisión de la prohibición, a falta de una norma civil básica, "la necesidad de una razón suficiente y seria en atención a la cual se establezca la prohibición, racionalidad del fin como criterio legitimador, temporalidad, por cuanto las prohibiciones que impliquen prohibición perpetua de enajenar están prohibidas por el art. 781, ventaja patrimonial para alguien o para algo; permisión legislativa..."

<sup>202</sup> Gómez Gállico: Las prohibiciones de disponer...Cit. Pag. 168, 169 y 195.

## 5.- Derechos de tanteo y retracto

### A.- Regulación legal.

Estos derechos de tanteo y retracto fueron consagrados para la modalidad urbanística del derecho de superficie en el art 160 de la Ley del Suelo de 1956, que remitía al art. 1637 del Código Civil, es decir, a las normas que regulan la enfiteusis en este punto en cuanto a plazos y efectos.<sup>203</sup>

Parece ser, que la finalidad fundamental de la redacción de este precepto era la concurrencia de ambos dominios, posibilitándose la reversión anticipada de la propiedad superficiaria al dueño del suelo, o la adquisición del suelo por el superficiario.<sup>204</sup>

---

<sup>203</sup> Artículo 160 de la Ley del Suelo de 1956:

"1º.- En toda enajenación onerosa, el concedente ostentará derecho de tanteo y a falta de preaviso formal y expreso, de retracto cuyos plazos y efectos serán los previstos por los artículos 1637 y siguientes del Código Civil.

2º.- En las enajenaciones onerosas efectuadas por el propietario del terreno a favor de particulares, el superficiario también ostentará los mismos derechos de tanteo y, en su caso, retracto."

<sup>204</sup> De ahí que se mantenga que el antecedente histórico de este precepto se encuentra en la Ley 74 de Toro que desarrolla el retracto superficiario.

Debemos recordar, cómo en el Derecho histórico, se consideraba el derecho de superficie como un supuesto de dominio dividido. Idea que ha perdurado hasta la promulgación precisamente, de la Ley del Suelo de 1956 y el Reglamento Hipotecario, en su reforma de 1959; momento en el cual la configuración de la figura comenzó a cambiar. Pero, parece ser, que como reflejo fiel de la tradición histórica, se ha mantenido la existencia de estos derechos de tanteo y retracto.

Además, existen algunas declaraciones jurisprudenciales, que han otorgado esta posibilidad en el caso de propiedades rústicas, donde concurrían la existencia de derechos de vuelo y suelo. Así, la **STS DE 9 DE MARZO DE 1893** donde se señalaba que en caso de concurrencia de titulares de derechos de siembra y arbolado, tiene lugar el retracto. En su Primer Considerando hace referencia al "retracto legal, cuyo objeto es refundir en una sola persona el dominio pleno de una finca, evitando los inconvenientes que la desmembración del mismo produce para la facilidad de las transacciones y el desarrollo de la riqueza inmueble, por cuya razón el Código Civil concede la facultad de retraer,... y en los contratos análogos a la enfiteusis..." (J.C. T. 73. 1983. Pag 445 y ss). En el mismo sentido, la **STS DE 9 DE JULIO DE 1903**, dispone la admisión del retracto para un caso de concurrencia de titulares de los derechos de agostaderos y siembra sobre una finca. (J.C. T. 96. 1903. Pag. 140 y ss). También la **STS DE 6 DE JULIO DE 1920** (J.C. T. 151. 1920. Pag. 93 y ss) recoge los mismos planteamientos.

La doctrina<sup>205</sup> señaló que este precepto también era aplicable a la modalidad urbana común, tanto si se hubiese constituido por tiempo indefinido (en las mismas condiciones que se dan tales derechos en la enfiteusis, en virtud del art. 1655-1º); como si fueren temporales, o por tiempo limitado, (en los términos en que se conceden a los arrendatarios, art. 1655-2º).

El citado art. 160 otorgaba los derechos de tanteo y retracto, tanto a favor del dominus soli, (art. 160-1º) como a favor del superficiario (art. 160-2º).<sup>206</sup> Sin embargo, existía alguna diferencia entre ambos párrafos, pues, cuando se concedían al superficiario, los derechos de tanteo y retracto, no tenían lugar en toda enajenación onerosa sino cuando el destinatario fuera únicamente un particular, por lo que se excluían las enajenaciones onerosas a favor del Estado y demás Entes públicos.<sup>207</sup>

---

<sup>205</sup> Guilarte (El derecho de superficie... Cit. Pag. 272) justifica la consagración de estos derechos en el régimen común, sin embargo "no se explica la concesión de estos derechos innecesarios desde el punto de vista técnico de la institución". En el mismo sentido, Fuentes Lojo (Suma de la propiedad por apartamentos... Cit. Pag 402 y 403) y Albaladejo García (Derecho Civil III... Pag. 227).

<sup>206</sup> A mi juicio influido por la regulación del Código Civil de la enfiteusis, cuyo principal fundamento se encuentra en que al ser un dominio dividido, la "recomposición del mismo" se realice a través de estas figuras.

<sup>207</sup> Así lo puso de manifiesto Roca Sastre (Ensayo sobre el derecho de superficie... Cit. Pag. 57), sin que expusiese ninguna razón de tal diferenciación. En el mismo sentido, De los Mozos: El derecho de superficie... Cit. Pag. 335 y ss.

En cierta medida considero lógica la desaparición de estos derechos, al menos de la forma que se otorgaban al superficiario. Pues ¿cuál podría ser la finalidad, en la modalidad urbanística de derecho de superficie, donde el Estado, concedente del derecho, posibilita los derechos de tanteo y retracto al superficiario, cuando él mismo enajenase onerosamente a un particular el suelo, y no a otro ente público? Considero que apenas tendría aplicación práctica.

Sin embargo hoy no se regulan tales derechos de tanteo y retracto, pues tal y como está concebido el derecho de superficie urbanístico, de manera más restrictiva, al ser el suelo sobre el que se grava el derecho integrante del patrimonio municipal, es difícil que salga del mismo, (de ahí que precisamente se utilice esta figura para la creación de viviendas sociales).

La Ley del Suelo de 1976, suprimió en su regulación tales derechos de adquisición preferente, espíritu que se ha mantenido en la actual Ley del Suelo de 26 de junio de 1992, pero que no ha supuesto que los mismos hayan dejado de pactarse en la modalidad urbanística. Por otro lado no olvidemos que en virtud del principio de libertad de pacto, es posible su inclusión en la modalidad urbana del derecho de superficie.

Por lo que se refiere a la Compilación Foral de Navarra, se mantiene el criterio seguido en las últimas leyes urbanísticas, señalándose expresamente en su Ley 428 apartado 9º, que:

"en caso de enajenación de estos derechos o de la propiedad, no habrá lugar al tanteo y retracto." <sup>208</sup>

a.- Fundamento actual.

En la modalidad urbanística del derecho de superficie, los derechos de tanteo y retracto suelen formar parte del clausulado de los contratos, donde generalmente se pactan en favor del concedente, tanto si se ha constituido un derecho de superficie de carácter oneroso, <sup>209</sup> como gratuito. <sup>210</sup>

---

<sup>208</sup> Salinas (Derecho Civil de Navarra... Cit. Pag. 33) señala que "la inexistencia de derechos de tanteo y retracto, es también fiel reflejo de la tradición romanística. La Ley del Suelo los ha introducido en su régimen, pero en el Derecho navarro no existe razón alguna que abone su existencia, antes al contrario, la práctica jurídica referente a la propiedad de casas por pisos puso en evidencia lo perturbadores que resultan estos derechos de adquisición para el tráfico jurídico del inmueble, por lo que, la última reforma legal referente a la propiedad horizontal ha procedido a su eliminación y dá efecto retroactivo a la exclusión legal de estos derechos".

<sup>209</sup> **Constitución** del derecho de superficie de forma **onerosa** y gratuita (hay tres modalidades) por el Excmo. Ayuntamiento de Madrid. PLAN 18.000 viviendas. Pliego de condiciones. Apartado 7.2 CONTROL MUNICIPAL SOBRE LA CESION Y TRANSMISION DE VIVIENDAS.

"En atención a la finalidad que rige esta actuación municipal y a su carácter de actividad de fomento, se entenderá que todo fraude en la transmisión de las viviendas y cualquier otra forma de transmitir las mismas que no sea la prevista en este Pliego, queda incurso en la tipificación penal aplicable a las subvenciones públicas. La transmisión y cesión de las viviendas y sus condiciones deberá comunicarse fehacientemente al



Por lo que de ser derechos de adquisición preferente legales pasan a tener un carácter convencional (pactados entre las partes, o sometidos a la cláusula de resolución - introducida como medida precautoria- donde son insertados, al formar parte de un contrato de adhesión).<sup>211</sup>

La existencia de estos derechos más que consistir en unas expectativas de adquisición, se configuran como unas obligaciones pactadas bajo el "imperium" de la Administración, que cercenan por completo las posibilidades de disponer del superficiario, tanto de su derecho como de la propiedad superficiaria resultante.

El fundamento de la inclusión de estos derechos, en los contratos constitutivos del derecho de superficie otorgados por la Administración a los particulares, se encuentra en la recuperación del concedente de la propiedad superficiaria o del derecho en sí (si todavía

---

Ayuntamiento.

En cualquier caso el Ayuntamiento se reserva el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto en las transmisiones y cesiones de las viviendas."

<sup>210</sup> **Constitución gratuita** de derecho de superficie realizada por el Excmo. Ayuntamiento de Madrid, sobre terrenos de su propiedad en el Anillo Verde de Vicálvaro II, en favor de la Cooperativa de viviendas "Vicus Albar Sociedad Cooperativa".

"...En consecuencia se constituye a favor del Ayuntamiento de Madrid un DERECHO DE TANTEO, mediante el cual éste podrá adquirir cualquiera de los pisos-viviendas en que se haya dividido la propiedad superficiaria que se venda, adjudique en pago o por cualquier otro título "inter-vivos" se enajene por primera vez o en las sucesivas enajenaciones, subrogándose, en tal caso, en las cargas hipotecarias que hubieran sido impuestas para financiar las construcciones sobre la propiedad superficiaria, hasta tanto se proceda a una nueva adjudicación".

<sup>211</sup> Se ha cuestionado por la doctrina el carácter real o no de este tipo de derechos debido a su naturaleza convencional frente a los que tienen un carácter legal. No hay que olvidar que al mantener la inscripción constitutiva del derecho de superficie precisamente en la modalidad urbanística, y, por consiguiente, tener acceso al Registro de la Propiedad todo su clausulado, los terceros interesados en la adquisición, tanto del derecho de superficie como de la propiedad superficiaria, tendrán conocimiento de la existencia de tales derechos de tanteo y retracto sobre los mismos, siendo, por tanto, oponibles frente a todos. Y, es precisamente por esta razón, por lo que en la práctica se utilizan estas figuras en relación con el derecho de superficie, frente a la escasa incidencia de los derechos de adquisición de carácter convencional.

no se ha comenzado la edificación) para evitar la existencia de las plusvalías, y del posible enriquecimiento injusto logrado por los adjudicatarios de tales derechos (cuya finalidad está en la promoción social de viviendas) a través del tráfico inmobiliario.<sup>212</sup> O simplemente que dichas viviendas constituidas en régimen de derecho de superficie no salgan de las manos de determinadas personas con características comunes.<sup>213</sup>

b.- Situación en el Derecho Comparado.

Ni en el derecho italiano, ni en el derecho francés se señala nada acerca de estos derechos de adquisición preferente,<sup>214</sup> lo que no significa que las partes no puedan pactarlo libremente, al amparo de la autonomía de la voluntad.

Por el contrario, en el ordenamiento portugués, se introducen en todas las disposiciones que regulan la institución superficiaria.

En principio en el art. 24 de la Lei de 6 de junio de 1948, dentro de los derechos del superficiario, se establece en su apartado 1º d) el derecho de preferencia en la enajenación de la propiedad del predio dentro del término de 3 años, desde la consolidación del dominio.<sup>215</sup>

---

<sup>212</sup> De ahí, que aunque tales derechos se pacten generalmente sobre el derecho de compraventa, aunque tenga aplicabilidad a otras enajenaciones como dación en pago, permuta (esencialmente onerosos) o donación, tenga una mayor razón de ser en los supuestos de concesión de un derecho con carácter gratuito, como es el supuesto del derecho de superficie concedido con tal naturaleza a determinadas personas públicas con fines benéfico-sociales; tal y como hemos visto en los ejemplos anteriormente señalados.

<sup>213</sup> Por ejemplo, en el caso de las viviendas de la Universidad Complutense, otorgadas únicamente a personas vinculadas a la misma. O los casos de los aparcamientos para residentes de una determinada zona.

<sup>214</sup> Guilarte (El derecho de Superficie... Cit. Pag. 271), señala que tampoco se introducen ni en la Ordenanza Alemana, ni en la Ley Austriaca.

<sup>215</sup> Art. 24: 1º "Ao superficiário sao assegurados:

d) O direito de preferência na alienação da propriedade do prédio dentro de três anos, contados da consolidação do domínio.

También el art. 1535 del Código Civil, dispone que el propietario del suelo goza del derecho de preferencia en último lugar, en la venta o donación del derecho de superficie; pues aún siendo enfiteútico el edificio incorporado al suelo, prevalece el derecho de preferencia del propietario.<sup>216</sup>

Por lo que respecta a la Lei dos Solos, el art 20-3º y 4º, regula los derechos de preferencia de la Administración. Así, el párrafo 3º señala que la Administración gozará siempre del derecho de preferencia, en primer grado, en la enajenación del derecho por actos inter vivos, y en la adjudicación y participación de sociedades, siendo ese derecho de preferencia ejercido en armonía con las normas reglamentarias establecidas al efecto.<sup>217</sup> En el apartado 4º se matiza, cómo son anulables los actos practicados sin haberse ejercido dicha preferencia.<sup>218</sup> También el Decreto 182/72 de 30 de mayo, de fomento de la vivienda, dispone en su art. 9, la obligación de pactar en el título constitutivo del derecho de superficie la preferencia de la Administración en la enajenación

---

<sup>216</sup> Artículo 1.535 Código Civil (inserto en el Capítulo III que regula los derechos y obligaciones del superficiario y del propietario): "Direitos de preferência.

1. O proprietário do solo goza do direito de preferência, em último lugar, na venda ou dação em cumprimento do direito de superfície; sendo, porém, enfiteútico o prédio incorporado no solo, prevalece o direito de preferência do proprietário.

2. E aplicável ao direito de preferência o disposto nos artigos 416º a 418º e 1410º."

Según Mota Pinto (Direito de superfície. RDES. Pag. 118) este derecho de preferencia se refiere tanto al supuesto de enajenación del derecho de superficie como derecho de construir, como a la enajenación de la propiedad superficiaria ya realizada en base a dicho derecho.

<sup>217</sup> Art. 20-3º Lei dos Solos:

"A Administração gozará sempre do direito de preferência, em primeiro grau, na alienação do direito por acto inter vivos e na adjudicação em liquidação e partilha de sociedade, sendo esse direito de preferência exercido de harmonia com as normas regulamentares estabelecidas para o efeito".

<sup>218</sup> Art. 20-4º Lei dos Solos:

"São anuláveis os actos praticados sem que haja sido facultado o exercício do direito de preferência".

del mismo.<sup>219</sup>

Por otro lado, el Decreto-Lei nº 382/76 de 20 de Maio, cuya finalidad es la creación de polígonos industriales, recoge un precepto curioso. Así, dispone en su art. 4º que los superficiarios no gozarán de preferencia en la enajenación de derechos sobre el suelo o sobre la totalidad del predio, después de la consolidación del dominio, ni en la constitución de nuevos derechos de superficie.<sup>220</sup>

En conclusión, mientras la ley portuguesa de 1948 considera la existencia de estos derechos de tanteo y retracto como derechos del superficiario ante la venta del terreno, en el Código Civil se entienden, únicamente, como derecho del propietario del suelo ante la enajenación (venta o donación) de la propiedad superficiaria. La Ley del Suelo, en el mismo sentido que el Código, otorga el derecho de preferencia a favor de la propietaria del suelo -la Administración-, señalando la anulabilidad de los actos que se realicen transgrediendo tal preferencia. En el mismo sentido se encuentra el Decreto de fomento de la vivienda, matizando que deberá constar en el título constitutivo del derecho de superficie.

Por otro lado, el Decreto de creación de polígonos industriales a través del derecho de superficie, niega la posibilidad de preferencia del superficiario en la adquisición del suelo, que se propician en base a la Ley 2030 de 6 de Junio de 1948.

---

<sup>219</sup> Decreto 182/72 de 30 de maio. Diário da Republica de 30 de mayo de 1972. I Serie. Nº 127. Pags. 719 y ss.

<sup>220</sup> Decreto-Lei 382/76 de 20 de Maio. Diário da Republica. I Serie. Nº. 118. Pag. 1140.

## **CONCLUSIONES**

I.- La rigidez del principio de accesión "superficies solo cedit" se relativizó con el transcurso del tiempo, al ser posible su derogación como se demuestra en alguno de nuestros textos históricos -Código de Eurico, Lex Visigothorum y Liber Iudiciorum.

En el Derecho Alto Medieval, y en concreto en el Fuero de León, va a utilizarse no sólo la figura del dominio dividido, sino que se comprueba también la existencia de dos dominios sobre objetos distintos. Nos referimos al suelo propiedad del Señor feudal y a la construcción propiedad del vasallo.

Posteriormente, va a aparecer timidamente la institución superficiaria en las Partidas muy relacionada con el arrendamiento y con el censo enfiteúutico. Confusión que se va acentuar con la labor de los comentaristas a la Ley 74 de Toro, donde se recoge el retracto superficiario, al afirmarse que el superficiario es dueño útil mientras que el dominus soli es señor del dominio directo. La institución superficiaria también sería recogida en la Novísima Recopilación de las Leyes de España.

En relación con los precedentes más inmediatos al Código Civil, el derecho de superficie aparece relacionado con los censos. Incluso el Proyecto de 1851, contrario a la desmembración del dominio, establece en su art. 1563, la redención de los censos enfiteúuticos, foros, subforos, derechos de superficie o cualesquiera otros gravámenes perpetuos de igual naturaleza.

No obstante, en la legislación hipotecaria -Ley Hipotecaria de 1861 y Reglamento Hipotecario de 1863- la figura aparece con autonomía propia y desligada de los censos.

La doctrina también lo considera como una variedad del censo enfiteúutico, aunque observa ciertas diferencias con aquél. La vacilación doctrinal entre ambas instituciones radica en la confusión entre el dominio útil y el directo con la existencia de dos propiedades separadas e independientes entre sí.

II.- Un análisis comparativo de todos los sistemas estudiados demuestra que el derecho de superficie es un derecho real que nace de la derogación del principio de accesión.

El Code Civile, contrario a la desmembración de los dominios, no recogió una regulación específica de la institución. La doctrina y la Jurisprudencia teniendo en cuenta su utilización en la realidad social posibilitaron su existencia a través del juego del "numerus apertus" de derechos reales y de la flexibilización del principio "superficie solo cedit". Posteriormente, la figura fue introducida legalmente o a través de la publicación de nuevos Códigos (italiano y portugués) o a través de leyes específicas. Así, la concepción de la figura en cada ordenamiento se va a entender de diferente manera, según la importancia que se otorgue al suelo o a la construcción -como derecho real consecuencia de la derogación o renuncia de la accesión hecha por el propietario al suelo -(nuestro sistema), o, como una propiedad limitada -propiedad separada del suelo.

El ejemplo más característico de la propiedad separada y limitada se produce en **Derecho francés**. Al no recogerse la institución en el Código, el derecho de edificar sobre fundo ajeno va a surgir a través del arrendamiento o de la concesión inmobiliaria. Una vez construida la edificación se disociará de su título constitutivo, de forma que, la propiedad superficiaria, como propiedad separada y limitada a la construcción, adquiere sustantividad propia (de ahí el argumento señalado por la doctrina de que el derecho de superficie es un derecho personal que se convierte en real).

En el **sistema italiano**, el Codice de 1942 regula la figura desde la perspectiva de la propiedad limitada, introduciéndose la institución objeto de estudio dentro del Libro dedicado a la propiedad, y considerándola como una forma especial, reconociéndose su existencia, aunque tal vez de manera accesoria, en base a un derecho real restringido.

En esta concepción de la figura va a influir, el hecho de admitirse desde el Código Civil de 1865, la propiedad separada y distinta de los planos horizontales. De esta manera, se configura como un nuevo tipo de derecho real por el cual el superficiario tiene una propiedad separada del suelo, y, a su vez, un derecho de goce sobre el mismo. En el **Derecho portugués**, tanto el Código de 1867 como el de 1966, se sigue una línea similar al ordenamiento italiano.

En conclusión, estos tres ordenamientos consideran a la institución como una propiedad separada y, como tal, con un carácter perpetuo, aunque posibilitan, en base a su especialidad, que pueda tener también un carácter temporal.

En **nuestro ordenamiento**, la evolución de la figura y su configuración va a ser distinta. En un primer momento se consideró únicamente como un derecho real (por la posibilidad de derogación del principio de accesión), derecho que absorbe, casi por completo, el frui del suelo sobre el que recaé. La doctrina va a entenderla en cierto modo análoga al censo enfiteúutico o al arrendamiento, por la referencia del Código Civil a la división de los dominios (el cual impone la analogía, aunque no la identidad, con dichas figuras jurídicas).

III. Tras la regulación existente en la actualidad, a nuestro juicio, existen dos modalidades de derecho de superficie claramente diferenciadas.

Por un lado, **la modalidad urbanística**, desarrollada al amparo de la Ley del Suelo de 1956, y actualmente regulada por el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Ordenación urbana de 1992, dirigida a la creación del derecho de superficie principalmente por la Administración, -aunque también se posibilita su constitución por los particulares-, cuyas normas tienen carácter imperativo, y su objeto es tanto el suelo integrante del Patrimonio



Municipal como los bienes de pertenencia pública.

En la legislación urbanística se configura la institución como un derecho que puede originar una propiedad separada aislada jurídicamente de la propiedad del suelo.

El legislador urbanista consideró necesaria la creación de derechos reales inmobiliarios sobre fincas de pertenencia pública, con una duración temporal limitada. De esta manera aproximó el derecho de superficie a la concepción moderna existente en Derecho Comparado, para su mayor y mejor utilización práctica (pues no olvidemos que hasta ese momento el derecho de superficie seguía estando vinculado legalmente al censo enfiteútico por la normativa del Código Civil).

La otra modalidad existente es **la modalidad urbana común**, que tiene plena vigencia al amparo del Código Civil, no solamente porque se le menciona expresamente en el art. 1611-3º, sino además por el juego de la autonomía de la voluntad, el carácter flexible del principio de accesión, y el sistema de *numerus apertus* de derechos reales que posibilitan su existencia.

Frente al criterio doctrinal mayoritario, consideramos, junto con algún autor, que el art. 1655 del Código Civil no es aplicable a la institución superficiaria. Y ello por varias razones. En primer lugar porque el antecedente histórico de dicho precepto se encuentra en el art. 1563 del Proyecto de 1851, el cual únicamente se refería a los foros, y cualesquiera otros gravámenes análogos, figuras con las cuales existe una diferencia considerable. Además en el citado precepto no se menciona a la institución superficiaria expresamente y no creemos que sea posible considerar al derecho de superficie, en modo alguno semejante a un gravámen perpetuo de naturaleza análoga a la enfiteusis, foros o subforos.

Entendemos que tampoco es posible encuadrar el derecho de superficie dentro del art. 1655, tras la STS de 15 de junio de 1984, que alejándose de una interpretación literalista del citado precepto señala como es un derecho real que otorga una propiedad limitada independiente de la propiedad del suelo, y lo que es más importante, diferenciable del censo enfiteútico y del arrendamiento, recalcando su singularidad.

Es difícil, a mi juicio que en la actualidad pueda existir algún derecho de superficie "de carácter censuario", ni siquiera en el supuesto en que el derecho de superficie se constituya por tiempo indefinido y ello porque el superficiario siempre tendrá un derecho de propiedad limitado a su superficie, con independencia de la propiedad del suelo, que en un plano de igualdad tiene el concedente sobre el mismo, y no una propiedad dividida como ocurre en el censo.

No obstante, como consecuencia de la falta de una regulación concreta de la institución en el Código Civil y motivado por este vacío normativo, existe una tendencia a aplicar las normas de la Legislación urbanística y del Reglamento Hipotecario en relación con la modalidad urbana común, lo que en definitiva dificulta su tratamiento y origina, además, una serie de problemas al ser dictadas para ámbitos diferentes.

Consideramos el derecho de superficie como un derecho real sobre fundo (suelo o edificio) ajeno, originado tanto a través de la concesión del ius aedificandi, como de la edificación preexistente, que otorga una propiedad superficiaria separada y limitada a la construcción, de carácter generalmente temporal, (aunque también puede pactarse de forma perpetua o indefinida) a favor de su titular, el superficiario, mientras que el concedente continúa siendo únicamente propietario del suelo.

**IV.- Debe distinguirse el derecho de superficie de la propiedad superficiaria.**

El primero es el derecho real de tener y mantener, temporalmente en terreno o inmueble ajeno una edificación en propiedad separada obtenida mediante el ejercicio del derecho anejo de edificar. La propiedad superficiaria es el objeto básico de dicho derecho. Sin la existencia del mismo, el superficiario no estaría legitimado para realizar tal construcción.

Otra cuestión es que el derecho de superficie posibilite la existencia de una propiedad superficiaria separada pero de carácter temporal. Y ello porque nace como una auténtica propiedad que concurre por su necesaria vinculación al suelo con la propiedad que otro sujeto tiene sobre dicho suelo, ya que ambas propiedades se encuentran en un plano de igualdad.

La propiedad superficiaria separada puede ser objeto de tráfico jurídico independiente por su disociación del suelo pero siempre unido a su derecho de superficie, del que trae causa.

En la modalidad urbana el derecho de superficie puede constituirse tanto a través de la concesión del ius aedificandi, como sobre una edificación preexistente. En la modalidad urbanística, debemos tener en cuenta que la institución se introduce como fomento de la construcción, es decir para promover, impulsar y proteger la edificación. De ahí que el legislador urbanista no pensara en la constitución del derecho de superficie sobre edificación preexistente y no lo regulara. En la actual Ley de 1992, el legislador continua pensando en el derecho de superficie como derecho encaminado a la edificación y ello porque siempre piensa en su concesión sobre Suelo Patrimonial de las Entidades Locales. No obstante, una vez finalizado el plazo por el que se otorgó el derecho de superficie, es posible que éste se constituya sobre la edificación que anteriormente había sido propiedad superficiaria, y ello, porque la finalidad de promover e impulsar la construcción ya se ha cumplido. De esta manera el suelo, y, tras la reversión, la edificación también continuarán teniendo el carácter de Bienes Integrantes del Patrimonio

Municipal y se podrá seguir cumpliendo el objetivo de protección de las construcciones ya realizadas.

V.- Como derecho real inmobiliario, en principio, el derecho de superficie tendría acceso al Registro de la Propiedad, considerándose su inscripción meramente declarativa. Esta afirmación válida para la modalidad urbana común, no lo es para la urbanística.

La Ley del Suelo de 1956 introdujo el problema de la inscripción del derecho de superficie cuando señaló que "como requisito constitutivo de su eficacia el derecho de superficie deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad".

Posteriormente, el Reglamento Hipotecario de 1959 dispuso que "para su eficaz constitución deberá inscribirse el derecho de superficie".

La Ley urbanística quiso remarcar el carácter constitutivo de los efectos que frente a terceros produce la inscripción. Y el Reglamento Hipotecario, posteriormente puntualizó que la inscripción era necesaria como requisito de existencia.

Considero que el Reglamento no ha sido la vía más adecuada para introducir el carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie, cuestión que debía haberse realizado a través de la Ley Hipotecaria, pues escapa a su contenido de desarrollarla, convirtiéndose en este sentido en un "reglamento contra legem", aunque podemos entender que su finalidad es válida en el caso de la modalidad que regula la legislación urbanística, donde previamente la Ley había señalado el carácter constitutivo de la inscripción.

En base a la regulación legal existente, la inscripción de la modalidad urbanística del derecho de superficie tiene carácter constitutivo. Esto significa que la inscripción es requisito de su existencia.

Por el contrario, la inscripción de la modalidad urbana es de carácter declarativo. Como cualquier otro derecho real nace a través del título y del modo pudiendo inscribirse en el Registro de la Propiedad (en tal caso, deberán constar todos los requisitos exigidos por el art. 16-1 del R.H.). La razón por la que entendemos que el contenido de la inscripción es declarativo se encuentra en que consideramos que un mero Reglamento no puede afectar al contenido del Código Civil.

En cuanto a los pactos contenidos en la escritura pública y no inscritos, en el supuesto de la modalidad urbanística, tienen efectos obligatorios entre las partes. La eficacia de los pactos contenidos en la escritura pública frente a terceros sólo tendrá lugar cuando el derecho nazca, es decir, cuando se inscriban.

En la modalidad urbana, los pactos contenidos en el título tienen eficacia inter partes y serán oponibles a terceros si los mismos acceden al Registro.

Entendemos que las razones que han impulsado al legislador urbanista a establecer el carácter constitutivo de la inscripción en la modalidad que regula, se debe a la falta de apariencia posesoria diferenciada del derecho de propiedad del suelo sobre el que recaé durante el periodo existente desde que se pacta su constitución hasta que se comienza la edificación, y posteriormente, al poder considerarse a efectos de terceros, que el superficiario es dueño del edificio y del suelo.

Creemos que convendría que de *lege ferenda* se estableciera la necesidad de la inscripción constitutiva del derecho de superficie también para su modalidad urbana común pero a través de la vía legal adecuada. Y ello porque consideramos conveniente su inscripción debido a la falta de exteriorización del derecho de superficie.

V.- El objeto de la inscripción no es el edificio en sí, pues este no es capaz de constituir una relación jurídica autónoma, ni tampoco el ius aedificandi, pues se puede entender por tal, la facultad única y abstracta de edificar.

Se inscribe el derecho de superficie que implica la facultad de edificar y de mantener en terreno ajeno la propiedad superficiaria, y con posterioridad, se procederá a inscribir el objeto del derecho, esto es, la propiedad superficiaria.

VI.- Para que el derecho de superficie acceda al Registro es necesario además tener en cuenta:

*-Inmatriculación previa del suelo para la inscripción del derecho de superficie y de su objeto, la propiedad superficiaria.* Imposibilidad de inmatriculación de la propiedad superficiaria sin inmatriculación previa del suelo, porque el derecho de superficie se configura como un ius in re aliena. La propiedad superficiaria no puede considerarse como un auténtico dominio, y ello porque es el objeto del derecho real de superficie, esto es un derecho que recaé sobre finca ajena, sin el cual no puede existir jurídicamente, y nunca tendrá la consideración, únicamente, de una propiedad "ad tempus". Sin olvidar, además, la existencia del principio del tracto sucesivo, pues no se puede proceder a la segunda fase del derecho, esto es a la inscripción de la propiedad superficiaria objeto del mismo, sin la inscripción previa de la concesión del derecho.

*- Apertura de folio separado a la propiedad superficiaria con independencia de la inscripción del derecho y de la propiedad superficiaria en el folio matriz.* Todo ello en base a los principios inspiradores del Registro, como son los de claridad y descongestión de los folios registrales, y singularmente el de especialidad, y teniendo en cuenta la configuración de la institución donde se resalta la existencia de una propiedad superficiaria

separada, es decir, un nuevo objeto jurídico susceptible de un tratamiento registral diferenciado del conferido al suelo. De esta forma en el primitivo folio, donde aparece inscrito el suelo, o el suelo y la construcción si el derecho de superficie se constituye sobre edificación preexistente, se deberá indicar por nota al margen de la inscripción relativa a la concesión del derecho de superficie, la existencia de un nuevo folio referido a la propiedad superficiaria, donde además se harán constar todas sus vicisitudes jurídicas.

- *Cancelación del derecho de superficie, así como la de todos los derechos que traigan causa de aquél, tras la extinción del derecho y la reversión de la propiedad superficiaria.* Si el derecho de superficie termina por transcurso del plazo se produce una cancelación automática sin consentimiento del titular registral, basta con acreditar el hecho extintivo. Si se extingue con anterioridad al plazo pactado, es necesario acreditar la causa extintiva del derecho.

Es posible la cancelación de oficio por el Registrador puesto que se pacta expresamente su duración y además se constata registralmente en el asiento, siendo improcedente mantener una situación que se encuentra extinguida y determinada de antemano.

VII.- Entre las cuestiones particulares más interesantes del derecho a edificar sobre fundo ajeno, objeto de nuestro estudio, que a su vez constituyen sus caracteres sustanciales hemos analizado las siguientes:

- El derecho de superficie es esencialmente **temporal**. Esta afirmación clara en la modalidad urbanística, por la regulación legal, pudiera resultar dudosa en la modalidad urbana común pactada bajo las normas del Código Civil.

Consideramos que no es posible (desde el punto de vista práctico, porque en un plano teórico si lo sería) la constitución a perpetuidad de la modalidad urbana y ello

porque iría contra el espíritu del Código Civil, contrario a la desmembración del dominio. Además instituciones que posibilitaban tal desmembración con carácter perpetuo o indefinido -como ocurre con el censo- desde el siglo XIX se tiende a su redimibilidad. Por otro lado, la perpetuidad no resultaría interesante para el concedente del derecho, que vería limitada indefinidamente su propiedad del suelo, siendo además difícil que dicha institución con tal carácter prosperase en una economía cambiante e imprevisible como es la que vivimos.

- Al ser temporal se entiende como elemento consustancial de la figura la **reversión** de la propiedad superficiaria a manos del concedente del derecho y propietario del suelo. Por el contrario, en el supuesto de que se pactase con carácter indefinido se otorgaría un mayor énfasis a la propiedad superficiaria separada al desmembrarla del derecho de propiedad del suelo, dejando en un segundo plano, el derecho real del cual surge (como ocurre en el Código civil italiano, portugués, y cuando el derecho de superficie francés se constituye a través de la venta).

La temporalidad implica la existencia de **plazos de duración del derecho**. La Ley del Suelo establece unos plazos máximos, lo cual equivale a enfatizar el carácter real del derecho de superficie, frente a la propiedad superficiaria separada, y, por consiguiente, a su reversión.

Los plazos mínimos, en torno a 18 o 20 años, (existentes en la Ley del Suelo portuguesa, el "bail a construction francés" y en la Ley para la construcción de viviendas populares italiana) tienen como finalidad amortizar y distribuir los rendimientos durante dicho periodo, y también distinguirlo del arrendamiento. Además constituyen también la obligación para el superficiario de edificar, pues en ninguna de esas regulaciones se ha impuesto un plazo determinado para su realización, a diferencia de lo que ocurre en



nuestro ordenamiento.

Entendemos que aunque el derecho de superficie es temporal, la inclusión de pactos sobre prórrogas del mismo, no desnaturaliza la institución siempre que se preserve su carácter temporal. Y ello porque la prórroga será pactada con las limitaciones deseadas por las partes en el título constitutivo, de modo que a su finalización se revitalizarán las reglas de la accesión y tendrá lugar la reversión. El contenido del derecho del superficiario durante la prórroga será principalmente el de mantener la edificación.

Tras la reversión son posibles, en ambas modalidades, otros pactos como el arrendamiento de lo que antes era la propiedad superficiaria al anterior superficiario, o la constitución de otro derecho de superficie, tanto en favor del anterior titular, como en manos de un tercero.

En cuanto al pacto de la adquisición del suelo por el superficiario, creemos que no es posible en la modalidad urbanística no sólo por el problema de su desafección como suelo público, sino por que esta modalidad tiene como fin únicamente el fomento de las construcciones sin disminuir la reserva del Patrimonio Municipal. Por el contrario, en la modalidad urbana, sí consideramos posible la existencia de dicho pacto, configurándose de este modo un derecho de superficie atípico.

También puede pactarse en la modalidad urbana el contrato atípico de cesión de superficie con reversión parcial de lo edificado, o como supuesto contrario, la demolición de la edificación tras el transcurso del plazo previsto de duración del derecho. En el primero se unen a las notas propias de este contrato, la existencia en suelo ajeno por un corto espacio de tiempo de la propiedad superficiaria, y el posterior intercambio de suelo por vuelo. En la modalidad urbanística no es posible su existencia, ya que la Ley establece la obligación de la reversión total de la propiedad superficiaria, y en base a este argumento

tampoco es posible que se pacte una cláusula de demolición de la propiedad superficiaria.

- En cuanto al **canon o contraprestación**, consideramos que no es un elemento sustancial de la figura, pudiendo constituirse a título gratuito.

Si se pacta el derecho de superficie con carácter oneroso el canon pasa a formar parte del contenido del derecho, teniendo trascendencia real, inscribiéndose y, por consiguiente, afectando a los terceros adquirentes. En base a dicha trascendencia real y para su oponibilidad a los terceros es necesario que consten en el Registro las siguientes circunstancias: si es un canon dinerario, la cantidad a liquidar, la forma de pago, los plazos, el posible aumento progresivo de los mismos, la cláusula de estabilización...

También puede constituirse con carácter gratuito. La gratuidad se refleja no sólo en la ausencia de canon, sino también en la obligación de la desaparición de indemnización al superficiario tras la reversión.

- En base a su consideración de propiedad separada originada a través de un derecho de superficie, **el superficiario puede constituir cualquier derecho tanto de carácter real como personal**: usufructo, censo enfiteútico, servidumbres, nuevos derechos de superficie, o gravámenes como la constitución de hipotecas o anticresis sobre su propiedad.

También es posible que el concedente (en base al principio de libertad contractual en la modalidad urbana, o basándose en los preceptos de la Ley del Suelo en la urbanística) limite esa facultad de disposición o de gravar ya sea a través de una limitación temporal, o imponiéndole la obligación de no enajenar o limitándosela.

Su objeto es restringir el poder del superficiario delimitándose en el título constitutivo. En la práctica se realiza a través de una condición resolutoria expresa donde se establece la invalidez del acto transmisivo.

Su fundamento en la modalidad urbanística se encuentra en que la institución es concedida con fines de interés social; y en ambas modalidades, porque se concede para un número determinado de personas, o para personas con características comunes, con el fin de que no salga de dicho círculo.

- En cuanto a los **derechos de tanteo y retracto**, pasan de ser derechos de adquisición preferente de carácter legal (L.S. de 1956) a tener un carácter convencional. La mayoría de las veces forman parte de los contratos realizados por la Administración. Se configuran como obligaciones pactadas bajo el imperium de la misma, cercenando las posibilidades de disponer del derecho de superficie al superficiario a modo de limitaciones a su facultad de disposición.

Su finalidad se encuentra en la recuperación del concedente del derecho de la propiedad superficiaria, o del derecho si no se ha ejercitado el mismo, para evitar la existencia de plusvalías o el posible enriquecimiento injusto logrado por los adjudicatarios de tales derechos (cuya finalidad está en la promoción social de viviendas) a través del tráfico jurídico inmobiliario. En la modalidad urbana, se encuentra en que el derecho no salga de determinadas manos.

Por último, es necesario poner de relieve los complejos problemas que se plantean como consecuencia de la falta de regulación de la institución superficiaria en el Código Civil y la necesidad de acudir a otras vías como es la de la regulación urbanística o la legislación hipotecaria, las cuales nos sirven de referencia, principalmente para lograr una configuración jurídica adecuada al derecho de superficie.

No obstante, esta referencia no resuelve los problemas que nacen en el derecho de superficie entre particulares ya que ni los objetivos ni la finalidad de ambas modalidades son iguales.

## **BIBLIOGRAFIA**

-Albaladejo García: Derecho Civil III. Derecho de Bienes. Volumen II. Derechos reales en cosa ajena y Registro de la Propiedad. 7ª Ed. Bosch. Barcelona. 1991.

-Albaladejo García: Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart. T. XXV, vol. I. Arts. 1930 a 1960. Edersa. Madrid. 1993. Pag. 240 y ss.

-Almeida Costa: Noções de direito civil. 2º. ed. Coimbra 1985.

-Alvarez Vigaray: Los proyectos del Código Civil en la primera mitad del siglo XIX. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid 1988.

-Amengual Pons: El derecho de superficie en la Ley del suelo y en la Legislación Hipotecaria. R.C.D.I. 1979. Pags. 621 y ss.

-Amengual Pons: Derecho de superficie y el volumen de construcción en relación con el Registro de la Propiedad. Ponencias y comunicaciones presentadas al III Congreso Internacional de Derecho Registral. Madrid. 1978. Pag. 148 y ss.

-Amorós Guardiola: La publicidad registral de los préstamos hipotecarios. La transmisión de finca hipotecada. Separata Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid. 1992.

-Amorós Guardiola: Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente. (Comentario a la Sentencia de 12 de noviembre de 1963). A.D.C. 1965. Pag. 953.

-Arias Bonet: Lo Codi en castellano. Seminario de Derecho Romano. U.C.M. Madrid. 1982.

-Arnaiz Eguren: Los aparcamientos subterráneos. Notas sobre su organización jurídica y su acceso al Registro de la Propiedad. Civitas. Madrid. 1993.

-Asociación de Profesores de Derecho Civil. Conjunto Inmobiliarios y Multipropiedad. Ponencias y Proyectos de la Ley sobre conjuntos inmobiliarios. Bosch. Barcelona. 1993.

-Aubry, Rau: Droit Civil Français. T. II. Paul Esmein. Septième édition. Paris. 1961.

-Badía Salillas: Las limitaciones de disponer a la facultad de transmitir el contenido del dominio y demás derechos reales impuestos al titular por acto jurídico. Examen crítico de nuestro Derecho. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985.

-Balbi: Il diritto di superficie. Torino. 1947.

-Ballesteros Alonso: Derecho de vuelo. El derecho de sobre y subedificación. R.C.D.I. 1992. Pags. 2055 y ss.

-Barón de Schwerin: Notas sobre la historia del derecho español más antiguo. AHDE. T. I. 1924. Pag. 337 y ss.

-Barrachina Y Pastor: Comentarios al novísimo Reglamento Hipotecario de 6 de Agosto de 1915. T.V. Castellón. 1917.

-Barrachina Y Pastor: Comentarios a la Ley Hipotecaria. T. III. Castellón. 1911.

-Batlle Vazquez: Las casas divididas por pisos y el registro de la Propiedad. R.C.D.I. 1961. Pag. 414 y ss.

-Benavides del Rey: El derecho de superficie sobre inmuebles ya construidos. RCDI. 1992. Pags. 1241 y ss.

-Biondi: I Beni. Trattato di diritto civile italiano de Vassalli. Vol Quarto. T.I. Torino 1953.

-Biscontini: Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza a cura di Perlingieri. Libro III. 2ª ed. Zanichelli. 1991. Pag. 306.

-Bonet Ramón: Comentario a la Sentencia de 3 de julio de 1941. RDP. 1941. Pag. 558.

-Borrell y Soler: Derecho Civil español. T.II. Derechos Reales. Barcelona. 1955.

-Brière de l'isle: Baux commerciaux. Dalloz. Paris. 1979.

-Burgos Bravo y Martín Martín: Problemas registrales del derecho de superficie y de la Propiedad superficiaria. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pags. 353 y ss.

-Burón García: Derecho Civil Español. T. II. Valladolid. 1900.

-Busnelli: Diritto Civile. I diritto reali. Utet. Torino. 1989

-Cabello de los Cobos y Mancha, Luis Mª y Fernando: Derecho de superficie: Diversidad especificativa y régimen jurídico. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pag. 375 y ss.

-Campos Porrata: El renacido derecho de superficie. A.A.M.N. T. 17. 1967. Pags. 235 y ss.

-Campuzano y Horma: Principios generales de derecho Inmobiliario y Legislación Hipotecaria. 2ª ed. Madrid. 1941.

-Camy Sánchez-Cañete: Comentarios a la legislación hipotecaria. Tomo IV. Pamplona. 1971.

-Camy Sánchez-Cañete: Tres problemas tributarios en tres leyes recientes: Vivivendas de renta limitada, Hipoteca Mobiliaria y Urbanismo. RCDI. 1957. Pags. 337 y ss.

-Camy Sánchez-Cañete: Propiedad Horizontal: situaciones posibles en orden a su inscripción. RDP. 1966. Pags. 861 y ss.

-Cánovas Coutiño: El pensamiento de Ramón María Roca Sastre sobre la Reforma del Reglamento Hipotecario. RCDI. 1960. Pag. 721 y ss.

-Carbonnier: Droit. Civil. Les Biens. 13<sup>a</sup> Ed. Themis. Paris. 1990.

-Cardenaba Coya y García Pumarino Ramos: El derecho de superficie y el Registro de la Propiedad. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pags. 419 y ss.

-Carrasco Perera: "Ius aedificandi" y accesión. (La construcción del suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos). Montecorvo. Madrid. 1986.

-Castán Tobeñas: Derecho Civil español, común y foral. Tomo 2º. Derecho de cosas. Volumen segundo. Los derechos reales restringidos. Decimocuarta edición, revisada y puesta al día por Marín Pérez. Reus. Madrid. 1988.

-Cendon: Superficie. Commentario al Codice Civile. Diretto da Paolo Cendon. Vol.III. Art. 810 - 1172. Utet. 1991. Pags. 263 y ss.

-Cerrillo Quilez: Arrendamientos complejos. RCDI. 1950. Pag. 1193 y ss.

-Clemente Meoro: El arrendamiento urbano con opción de compra como contrato complejo y la transmisión de la propiedad en favor del optante. (Consideraciones a propósito de la Sentencia del T.S. de 3 de octubre de 1992). R.G.D. 1993. Pags. 2791 y ss.

-Clemente de Diego: Instituciones de Derecho Civil. T.I. Madrid. 1929.

-Clemente de Diego: Instituciones de Derecho Civil. T.I. Ed. Comentada Alfonso de Cossio y corral y Antonio Gullón Ballesteros. Madrid. 1959.

-Cobacho Gómez: Estudios sobre la Ley de Arrendamientos Rústicos. 2ª ed. Universidad de Murcia. 1986.

-Colin y Capitant: Curso elemental de Derecho Civil. Trad. por De Buen. 2ª ed. Reus. Madrid. 1961.

-Comás: La Revisión del Código civil español. Proyecto de Reforma. Madrid. 1900.

-Corral Gijón: La legislación del suelo en la jurisprudencia registral. R.D.U.. 1992. Pags 13 y ss.

-Cossio y Corral: El arrendamiento de solares y la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos. A.D.C. 1948. Pags. 473 y ss.

-Cossio y Corral: Instituciones de Derecho Civil. T.II. Derechos reales y Derecho Hipotecario. Civitas. Madrid. 1988.

- Coviello: Manuale di diritto civile italiano. Parte Generale. Milano. 1929.
- Coviello: Della Trascrizione. II. Torino. 1924.
- Cupis: Istituzioni di diritto Privato. Milano 1983.
- Cupis: Brevi osservazioni sul diritto di edificare e sulla proprietà superficiaria. Gius. Civ. Giuffrè. Milano. 1986. Pag 23.
- Cupis: Locazione di immobile urbano e costituzione del diritto di superficie. Gius. Civ. Tomo I. Giuffrè. Milano. 1983. Pag 132.
- Cupis: La proprietà superficiaria degli stabilimenti balneari. Riv. Dir. Civ. Padova. 1988. Pag 349.
- Chico y Ortiz: Estudios sobre Derecho Hipotecario. T.II. 2ª ed. Madrid. 1989
- Chico y Ortiz: Teoría, práctica y fórmula de la calificación registral. Madrid. 1977.
- D'Ors: Estudios visigóticos. El Código de Eurico. (Roma-Madrid.) 1960.
- Dalmases y Jordana: El usufructo de derechos. R.D.P. 1903. Madrid.
- De Buen: Derecho Civil Español Común. Vol I. Reus. Madrid. 1931.
- De la Cámara, Garrido Cerdá y Soto Bisquert: Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la Propiedad Urbana. R.D.N. 1969. Pag. 200 y ss.
- De Angel Yaguez: La construcción, plantación o siembra en suelo ajeno del art. 361 del Código Civil. La Ley. T. 4. 1985. Pags. 479 y ss.
- De los Mozos: El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica. EDERSA. 1993.
- De los Mozos: Especulación del suelo y derecho real de superficie urbana. R.D.U.. 1970. Pags 13 y ss.
- De los Mozos: La tecnificación del derecho de superficie y sus posibilidades urbanísticas en estudio sobre derecho de los bienes. Montecorvo. Madrid. 1991.
- De los Mozos: El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística. Ministerio de la vivienda. Madrid. 1974.
- De los Mozos: Urbanismo y Derecho. R.D.P. T.LVII. 1973. Pag 989 y ss.
- De Pablo Contreras y otros: Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. Derecho Histórico Concordancias y Jurisprudencia. Pamplona. 1988.



-De Pablo Contreras: El aprovechamiento del inmueble por turnos (Multipropiedad) en el anteproyecto de ley de conjuntos inmobiliarios del Ministerio de Justicia. A.C. nº4. 1992. Pag 63 y ss.

-De la Plaza: Construcciones sobre suelo ajeno. RDP. 1947. Pags. 439 y ss.

-Despax: Técnicas jurídicas, clásicas y modernas de utilización del suelo, subsuelo y del espacio. RDU. 1968. Pag 63 y ss.

-Díaz Campany: El derecho de superficie en la nueva Ley del Suelo. R.E V.L. 1976. Pag. 257 y ss.

-Diez Picazo y Gullón Ballesteros: Sistema de Derecho Civil. Vol III. Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral. 5ª ed. Tecnos. Madrid. 1990.

-Diez Picazo: Fundamentos de Derecho civil Patrimonial. Vol II. 2ª ed. Tecnos. Madrid. 1986.

-Díez Picazo: La modificación de las relaciones jurídico reales y la teoría de la accesión. RCDI. 1966. Pag. 829 y ss.

-Domenge Amer: El Derecho de sobreedificación y subedificación. Palma de Mallorca. 1983

-Domingo de Morato: Derecho Civil español con las correspondencias del Romano. Valladolid. 1877.

-Doral Garcia de Pazos: Estudio de los Arts. 467 a 529 C.C. en Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, dirigidos por Albaladejo y Diaz Alabart. T. VII. Vol. 1º. 2ª ed. EDERSA. Madrid. 1992.

-Doral Garcia y Torres Lana.: El ius aedificandi y el principio de accesión. R.G.L.J.. T. 251. 1981. Pags. 27 y ss.

-Escrivá de Romani: Lo imperativo y lo dispositivo en la propiedad horizontal. R.C.D.I. 1967. Pag. 1249.

-Espín Cánovas: Manual de Derecho Civil Español. Derechos reales. Vol. II. 3ª ed. Edersa. Madrid. 1981.

-Falcón Tellez: Exposición doctrinal del Derecho Civil Español, común y foral. T.II. 2ª ed. Salamanca. 1882.

-Fernández Elias: Novísimo tratado histórico filosófico del Derecho civil español. Madrid. 1880.

-Fernández Martín-Granizo: La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español. EDERSA. Madrid. 1973.

-Font Boix: El Derecho de vuelo y el derecho de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal. R.D.N. 1967. Pag. 7 y ss

-Fosar Benlloch: Problemas registrales que plantea la modalidad urbanística del derecho de superficie. A.D.C. 1958.  
Pags. 849 y ss.

-Fuentes Lojo: Duración del derecho de superficie y del de sobreelevación. R.J.C. 1967. Pag. 560 y ss.

-Fuentes Lojo: Suma de la Propiedad por apartamentos. Nueva problemática legal, doctrinal y jurisprudencial. Bosch. Barcelona. 1985.

-Galgano: Diritto civile e Commerciale. Padova. 1990.

-Galindo de Vera y Escosura Escosura: Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España. T.III. 4ª ed. Madrid. 1903.

-García Arango y Díaz Saavedra: El derecho de superficie con reversión parcial de lo edificado como solución aplicable registralmente al cambio de suelo por vuelo. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pags. 495 y ss.

-García Arango y Díaz Saavedra: La protección registral de los contratos sobre inmuebles futuros o en construcción. Ponencia del Primer Congreso Internacional de Derecho Registral. R.C.D.I. 1972. Pag 308.

-Garcia Cantero: La finca como objeto de derecho real. R.C.D.I. 1966. Pags. 281 y ss.

-García Gallo: Nacionalidad y territorialidad del Derecho en la época visigoda (1936-1941). AHDE. T. XIII. Pag. 168.

-García Gallo: El Fuero de León. Su historia, textos y redacciones. AHDE. 1969. T. XXXIX. Pag. 5.

-García García: Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. T.I. Civitas. Madrid. 1988.

-García Goyena: Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español. (Madrid. 1852). Ed. Lacruz. Zaragoza 1974.

-García Goyena: Febrero o librería de Jueces, abogados y escribanos. T. III. 2ª ed, corregida por D. Joaquín Aguirre y Don Juan Manuel Montalbán. Madrid. 1844.

-García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: Curso de Derecho Administrativo. T.I. 3ª ed. Civitas. 1982.

-García de Enterría y Parejo Alfonso: Lecciones de Derecho Urbanístico. Civitas. Madrid. 1981.

- García de Valdeavellano: El Fuero de León. Comentarios. Madrid. 1983.
- García-Granero Fernández: Derechos de sobreedificación y Subedificación, en Conferencias sobre Derecho Foral. Seminario de Derecho Foral. Curso 1975-1976. Facultad de Derecho de San Sebastian. Universidad de Bilbao. 1978. Pags. 119 y ss.
- Garrido Palma: ¿Superficie solo cedit?. El principio de accesión y el Derecho de Superficie. RDN. 1969. Pag. 91 y ss.
- Gilbert: El Derecho Municipal de León y Castilla. AHDE. T. XXXI. 1961.
- Gil Robles y Gil Delgado: Comentarios prácticos a la Ley de Arrendamientos Rústicos. Civitas. Madrid. 1981.
- Gimenez Arnau: Tratado de Legislación Hipotecaria. T. II. Madrid. 1941.
- Giverdon: Bail emphytéotique. Encyclopedie Dalloz. Jurisprudence Generale. Paris. 1989. Pag.1
- Gómez de la Serna y Montalbán: Elementos de Derecho civil y penal de España. T. II. 9ª Ed. Madrid. 1870.
- Gómez de la Serna: Curso Histórico Exegético del Derecho Romano comparado con el Español. Tomo II. 3ª ed. Madrid. 1874.
- Gómez Gállico: Las prohibiciones de disponer en el derecho español. Centro de estudios Registrales. Madrid. 1992.
- González Enriquez: Arrendamientos complejos. ADC. 1956. Pags. 1193 y ss.
- González Martínez: El derecho real de superficie. Madrid. 1922.
- González Pérez: Comentarios a la Ley del Suelo. 6ª ed. Civitas. Madrid. 1993.
- González Porras: La prescripción extintiva de Cataluña. Modalidades arrendaticias complejas. Los arrendamientos superficiarios y el derecho de superficie. R.J.C. 1972. Pag. 115 y ss.
- González-Berenguer y Urrutia: Teoría y práctica de la Ley del Suelo. Abella. 1964. Pags. 128 y ss.
- Guarnieri: Superficie. Riv. Dir. Civ. Padova. 1991. Pags. 435 y ss.
- Guilarte Zapatero: El derecho de superficie. Aranzadi. Pamplona. 1966.
- Guimerá Peraza: El derecho de subsuelo y las aguas subterráneas. ADC. 1968. Pags 159 y ss.
- Gullón Ballesteros: La superficie urbana. Sevilla. 1960.

-Gullón Ballesteros: El contenido de la relación jurídica superficiaria en la vigente legislación española. R.J.C. 1960. Pag. 218 y ss.

-Gutiérrez Fernández: Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español. T. II. Lex Nova. Madrid. 1863.

-Haenel: Lex Romana Visigothorum. Aalen Seicuitia. 1962.

-Hernández Crespo: La accesión invertida. RCDI. 1972. Pags. 729 y ss.

-Hernández de Marco y Fernández Verdugo: El artículo 37.2 del R.D.Legislativo 1/1992, de 26 de Junio, texto refundido de la ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana: la declaración de obra nueva del Registro de la Propiedad. A.D.C. 1993. Pág 1401 y ss.

-Hidalgo: Ley de Arrendamientos rústicos. Comentario y formulario. Tecnos. Madrid. 1986.

-Huelín Martínez de Velasco: Legislación básica sobre fincas rústicas. Colex. Madrid. 1986.

-Hugot y Lepeltier: Code de la construction et de l'habitation, commenté et annoté. Paris. 1982.

-Iglesias García, Morrel y Terry: Oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a la Judicatura y al Ministerio Fiscal. Madrid. 1900.

-Josserand: Derecho Civil I. Vol. III Traducido por Santiago Cunchillos y Manterola. 1950.

-De La Rica y Arenal: Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario. Libro Homenaje a Ramón de la Rica y Arenal. T.II. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid. 1976.

-Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Delgado Echevarría, Rivero Hernández, Rams Albesa y Mendoza Oliva: Elementos de Derecho Civil III. Derechos Reales. Vol. Segundo. Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad. 2ª ed. Barcelona. 1991.

-Lacruz: La forma constitutiva en la hipoteca mobiliaria y en la prenda sin desplazamiento. A.A.M.N. 1962. Pag. 345.

-Lalinde Abadía :Iniciación Histórica al Derecho Español. Ed. Ariel. Barcelona. 1970.

-Laso Martínez: El derecho de superficie en el ámbito urbanístico. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pag. 519 y ss.

-Lasso Gaité: Crónica de la Codificación española. Codificación Civil. Vol. II. Ministerio de Justicia. Comisión General de Codificación. Madrid. 1970.

-Latours Brotons: La construcción extralimitada. RDP. 1966. Pag. 266 y ss

-López Pellicer y Sanchez Diaz: La concesión administrativa en la esfera local. Servicio, obras y dominio público. Instituto de estudios de la Administración Local. Madrid. 1976.

-López Ferreiro: Fueros Municipales de Santiago y de su tierra. T. I. Santiago. 1895.

-López Fernández: El Subsuelo urbano en relación con el planeamiento urbanístico y con los artículos 348 y 350 del Código Civil. A.D.C. 1991. Pag. 1633 y ss.

-Lopez Lopez, Montés Penades y otros: Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral. Tirant.lo Blanch. Valencia 1994.

-Lucas Fernández: Aspectos civiles de la Ley del suelo. Murcia 1963.

-Lucas Fernández: La contratación sobre edificios futuros. Especial consideración de aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir. RDN. 1967. Pag. 319 y ss.

-Luna Serrano: Comentario del Código Civil. Arts. 1940 a 1960. T.II. Ministerio de Justicia. Madrid, 1993. Pags. 2095 y ss.

-Llamas Valbuena y Llamas Pombo: Arrendamientos rústicos. Sentencias del Tribunal Supremo y Audiencias Territoriales posteriores a la Ley de 31 de diciembre de 1980. Trivium. Madrid. 1989.

-Machado Carpenter: Algunas cuestiones sobre el derecho de superficie. R.D.P. Madrid 1962. Pag430 y ss.

-Maurice y Aynès: Cours de droit civil. Les contrats spéciaux. 5ª ed. Paris. 1991.

-Manresa y Navarro: Comentarios al Código Civil español. T. XI. 6ª ed. revisada por Bloch. Reus. Madrid. 1972.

-Marichalar y Manrique: Derecho Civil de España. 2ª Parte de Historia de la Legislación. T. III. Madrid. 1916.

-Martín Blanco: Formas de Propiedad de suelo urbano. El Derecho de superficie. Documento Informativo. nº 952. Ministerio de la Vivienda. 1972.

-Martín Blanco: El tráfico de bienes inmuebles en la Ley del Suelo. Madrid. 1964.

-Martín Diez-Quijada: La cesión de solares por la administración en régimen de Derecho Superficiario. RAP. 1974. Pag. 23 y ss.

-Martín Retortillo, Cirilo: Derecho a construir nuevas viviendas sobre la existente. ADC. T. IX. 1956. Pags. 1269 y ss.

-Martín-Retortillo, Cirilo: El derecho de superficie según la Ley del Suelo. R.G.L.J. 1963. Pag. 733 y ss.

-Martínez Valencia: Comentarios de la Ley de Arrendamientos rústicos (Jurisprudencia y formularios). Dykinson. Madrid. 1991.

-Martínez Marina (Ensayo Histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Partidas de don Alfonso el Sabio. Madrid. 1808.

-Marty y Raunaud: Droit Civil. Les Biens. 2<sup>o</sup> édition. Paris. 1980.

-Marty: El derecho de superficie en relación con la planificación urbana. RDU. 1972. N<sup>o</sup> 27. Pags. 29 y ss.

-Marty: La dissociation juridique de l'immueble. Contribution a l'étude de droit de superficie. Librairie générale de droit et de jurisprudence. Paris. 1979.

-Mazeaud: Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Vol. IV. Traducido por Alcalá Zamora. 1960.

-Menéndez-Valdés Golpe: Sobre el derecho de superficie. RGD. 1974. Pags. 650 y ss.

-Mesa Martín: El derecho de superficie: bosquejo. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pag. 557 y ss.

-Messineo: Manuale di diritto civile e commerciale. Milano 1947.

-Mezquita del Cacho: El derecho real de superficie en la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956. R.D.P. 1957. Pag. 753 y ss.

-Miquel Calatayud: Consideraciones sobre el derecho de superficie edificativo en el ordenamiento jurídico español. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pag. 575.

-Montes Penadés: La propiedad horizontal como colectividad organizada. R.D.N. 1972. Pag. 879 y ss.

-Montes Penadés: El modo testamentario y las prohibiciones de disponer. ADC. 1974. Pags. 301 y ss.

-Mota Pinto: Direito de superficie. RDES. n<sup>o</sup> 21. Pag. 116 y ss

-Muñoz de Dios: Aportación de solar y construcción en Comunidad. Espasa Universidad. Madrid. 1987.

-Neto y Martins: Código Civil anotado. 7 ed. Lisboa 1990.

-Nuñez Boluda: La accesión en las edificaciones. Bosch. Barcelona. 1994.

-Nuñez Ruiz: Dictamen sobre el Derecho de superficie, la división horizontal del dominio y otras figuras afines. R.D.U. n<sup>a</sup>. 29. 1972. Pags. 101 y ss

-Nuñez Lagos: El Registro de la Propiedad español. R.C.D.I. 1949.

-O'Callaghan Muñoz: Comentarios a los arts. 1611 y 1655. Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia. T.II Secretario General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid. 1991.

-O'Callaghan Muñoz: Comentarios al Código Civil y compilaciones Forales. Arts. 1604 a 1664. T. XX (art. 1655) Dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart. EDERSA. 1982. Pag. 229.

-Oliver y Esteller: Derecho Inmobiliario Español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria. T.I. Madrid. 1892.

-Oliveira Ascensao: O direito de superfície referente a plantações. Rivista di diritto agrario. Milano. 1972. Pag. 260 y ss.

-Pacheco: Comentario Histórico-crítico y jurídico a las leyes de Toro. Madrid. 1876.

-Palermo: Superficie. Giurisprudenza sistematica civile e commerciale de Walter Bigiavi. Torino. 1965.

-Palermo: La superficie. Trattato di diritto privato de Rescigno. Propietta. II. Utet. 1989. Pag. 3 y ss.

-Pantoja y Lloret: Ley Hipotecaria comentada y explicada, concordada con las leyes y códigos extranjeros. T. I y II. Madrid. 1861.

-Pau Pedrón: Eficacia y Publicidad de los derechos reales inmobiliarios. B.I.M.J. Num. 1604. 1991. Pag. 3364.

-Peña Bernaldo de Quirós: Derechos Reales. Derecho Hipotecario. 2<sup>a</sup> ed. U.C.M. Madrid. 1986.

-Peña Bernaldo de Quirós: El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888). Centenario de la Ley del Notariado. Sección IV. Vol. I. Reus. Madrid. 1965.

-Perez Cánovas: Problemas actuales en torno a la delimitación vertical de la propiedad sobre inmuebles por naturaleza. RCDI. 1988. Pags. 735 y ss.

-Perez Cánovas: La disociación jurídica de la plantación y el suelo. (a propósito de los conceptos de bien, parte integrante y accesión). Ed. TAT. Granada. 1988.

-Peset: Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra. 2<sup>o</sup> ed. EDERSA. Madrid. 1988

-Pires de Lima: Direito de propriedade, direito de superfície e usucapiao. RDES. 18. 1971. Pag. 244 y ss.

-Planas y Casals: Derecho Civil Español común y foral. T. II. Barcelona. 1925.

-Planiol y Ripert: Tratado teórico práctico del Derecho Civil Francés. T. III. Biblioteca Universitaria. Trad. por Diaz Cruz. Habana Cultural. 1932.

-Porcioles: Arrendamientos complejos. NEJS. T.II. Barcelona. 1950. Pags. 927 y ss.

-Precis Dalloz: Droit Civil. Les Biens. Paris. 1985.-

-Presa de la Cuesta: Causas del desinterés en España por la propiedad superficiaria. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pags. 635 y ss.

-Pugliese: Superficie. Commentario del Codice civile de Scialoja-Branca. Libro Terzo. Della Propietta. 4ª ed. Bologna-Roma. 1976. Pag. 556 y ss

-Puig Peña: Tratado de Derecho Civil Español. T. II. Vol. I. 2º Ed. EDERSA. Madrid. 1953.

-Puig Peña: Compendio de Derecho Civil Español. T.II. Derechos reales. 3ª ed. Madrid. 1976.

-Puig Brutau: Fundamentos de derecho civil. T. III. Vol. II. 3ª ed. Bosch. Barcelona. 1979.

-Puig Brutau: Compendio de Derecho Civil. T.III. Derechos reales e hipotecario. Barcelona. 1989.

-Quaranta-Preden: Superficie. Commentario teórico-práctico al Codice Civile diretto da Vittorio de Martino. Roma. 1972. Pag. 1 y ss

-Ramos: La Legislación Hipotecaria en forma de sinopsis. Madrid. 1883.

-Ramos Gonzalez: La accesión invertida y el derecho de superficie. su problemática en el Código Civil. Derecho científico y legislación catalana. RJC. Pag 353 y ss.

-Rams Albesa: Uso, habitación y vivienda familiar. Montecorvo. Madrid. 1987.

-Rescigno: Manuale del Diritto Privato italiano. 9ª ed. Napoli. 1991.

-Revilla Ariet: Justificación de la regla superficie solo cedit. Invasión de suelo ajeno. A.D.C. 1982. Pag 267

-Ribeiro Mendes: O direito de superfície. ROA. 1972. Pags.15 y ss.

-Ripert y Boulanger: Traité de Droit civil. D'après le traité de Planiol. T. II. Paris. 1957.



- Roca Sastre: Ensayo sobre el derecho de superficie. R.C.D.I. 1961.
- Roca Sastre y Molina Juyol: Jurisprudencia Registral. Ed. Bosch. Barcelona. 1953.
- Rodríguez García: Retroprogresivismo jurídico y nuevos perfiles del Derecho de Superficie. A.C. 1988-2. Pag. 2935 y ss.
- Rodríguez Navarro: Doctrina Civil del Tribunal Supremo. Madrid. Aguilar. 1961.
- Rodríguez de Alba Madrigal: Análisis del derecho de superficie. Su aplicación a la construcción pública de viviendas. BIMJ. 1987. Pags. 559 y ss.
- Rodríguez de Valcarcel: Comentario a la Sentencia de 13 de diciembre de 1959. Revista de Derecho Procesal. 1953. Pags 623 y ss.
- Ruano Borella: Esquema de la regulación del derecho de superficie en el ordenamiento jurídico español. El Derecho de sobreelevación y profundización. Aspectos sustantivos y registrales. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pag. 718 y ss
- Ruiz de Erenchun: El derecho de superficie y el Registro. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pags. 731 y ss
- Saint Alary: Concession immobilière. Encyclopedie Dalloz. Jurisprudence Generale. Paris. 1989. Pag. 1 y ss.
- Saint-Alary: Bail à construction. Encyclopedie Dalloz. Jurisprudence Generale. Paris. 1989. Pag. 1 y ss.
- Saint-Alary: Superficie. Encyclopedie Dalloz. Jurisprudence Generale. Paris. 1989. Pag. 1 y ss.
- Salinas Quijada: Derecho Civil de Navarra. T.III. Vol. II. Pamplona. 1974. Pags. 11 y ss
- Salis: La superficie. 2ª ed. Torino. 1958.
- Salis: Superficie. (Dititto vigente). Novissimo Digesto Italiano. 1957. Pags. 941 y ss.
- Sanahuja Tomás: En torno al vuelo de las fincas urbanas. Trabajos y notas de colaboración del Boletín del Colegio Nacional de Registradores. Años 1966 a 1985. T. I. Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios. Pag. 137 y ss.
- Sánchez Román: Estudios de Derecho Civil y el Código Civil. Historia de la Legislación española. T. 3º. 2ª ed. Madrid. 1900.

- Sans Buigas: La plusvalía municipal en el derecho de superficie. REVL. Año. XIII. N<sup>a</sup>. 75. 1954. Pags. 343 y ss.
- Santamaria Cristobal: Comentarios al Código Civil. T. II. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1958
- Santos Briz: Derecho civil Teoría y práctica. Tomo II. Derecho de cosas. EDERSA. Madrid. 1973.
- Sanz Fernández: Instituciones de Derecho Hipotecario. T.I. Madrid. 1947.
- Savatier: La propiedad del espacio. RDU. 1967. Pags.17 y ss
- Soto Bisquert: El derecho de Vuelo. R.C.D.I. 1971. Pag. 923 y ss.
- Talamanca: Istituzioni di diritto romano. Milano. 1990.
- Tena y Martín: Proyecciones del derecho de accesión en el registro de la propiedad. Curso de conferencias sobre derecho inmobiliario registral. (1951-1952). T.II. Ilustre colegio de Registradores de la Propiedad. Madrid. Pag. 105 y ss.
- Torrente, Schlesinger: Manuale di Diritto Privato. 13<sup>a</sup> ed. Giuffrè. Milano. 1990.
- Torres Lana y Doral García: El "ius aedificandi" y el principio de accesión. RGLJ. 1981. Pag. 27 y ss.
- Torres Lana: La configuración jurídica del volumen de edificabilidad. Eunsa. Pamplona. 1975.
- Trimarchi: Istituzioni di diritto privato. Sesta edizione. Milano. 1983.
- Uriarte Berasátegui: Unificación del Derecho Nacional. RCDI. 1940 Pags. 433 y ss, y 574. Y RCDI. 1941 Pags 79 y s, 211 y ss, 449 y ss, y, 523 y ss.
- Utrera Ravassa: El aprovechamiento urbanístico en suelo sin aprovechamiento. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pags. 735 y ss.
- Valverde y Valverde: Tratado de Derecho Civil Español. T. II. Valladolid. 1925.
- Vallet de Goytisolo: Dimisión y comiso de finca hipotecada por el enfiteuta. Estudios sobre garantías reales. Madrid. 1973. Pag. 61 y ss.
- Ventura Travesset y Gonzalez: Derecho de edificación sobre finca ajena y la propiedad horizontal. Bosch. Barcelona. 1963.
- Villacañas González: La propiedad en sentido vertical. RCDI. 1953. Pags. 483 y ss.

-Villares Picó: La Ley Hipotecaria de 1861. R.C.D.I. 1960. Pag 147 y ss.

-Villares Picó: La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero. R.C.D.I. 1949.  
Pags. 289 y ss.

-Viñas y Mey: El Derecho de superficie y el problema de la vivienda en España. R.C.D.I. 1929 Pags. 431 y ss.

-Weill, Terré y Simler: Droit civil. Troisième édition. Paris. 1985.

## **INDICE CRONOLOGICO DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO**

STS. 9 DE MARZO DE 1893 (J.C. T. 53. 1893. Pags. 445 y ss)

STS. 9 DE JULIO DE 1903 (J.C. T. 96. 1903. Pags. 140 y ss)

STS. 27 DE OCTUBRE DE 1909 (J.C. T. 116. 1090. Pags. 170 y ss)

STS. 21 DE FEBRERO DE 1920 (J.C. T. 149. 1920. Pag.422 y ss)

STS. 6 DE JULIO DE 1920 (J.C. T. 151. 1920. Pags. 93 y ss)

STS. 22 DE ENERO DE 1921 (J.C. T. 152. 1921. Pags. 136 y ss)

STS. 15 DE OCTUBRE DE 1924 (J.C. T. 164. 1924. Pags. 422 y ss)

STS. 4 DE JULIO DE 1928 (J.C. T. 183. 1928. Pags 558 y ss)

STS. 26 DE JUNIO DE 1929 (J.C. T. 184. 1929. Pags. 1078 y ss)

STS. 3 DE JULIO DE 1941 (Rep. Aran. 891)

STS. 13 DE FEBRERO DE 1942 (Rep. Aran. 424)

STS 4 DE MAYO DE 1947 (Rep. Aran. 1609)

STS. 27 DE OCTUBRE DE 1947 (J.C. T. Vol. II Pags. 141 y ss)

STS. 17 DE ABRIL DE 1948 (Rep. Aran. 631)

STS. 29 DE MAYO DE 1950 (Rep. Aran. 1008 y 1008 bis)

STS. 21 DE ABRIL DE 1951 (Rep. Aran. 1021)

STS. 5 DE FEBRERO DE 1953 (Rep. Aran. 571)

STS. 26 DE OCTUBRE DE 1956 (Rep. Aran. 3414)

STS. 17 DE MAYO DE 1958 (Rep. Aran. 2091)

STS. 24 DE OCTUBRE DE 1959 (Rep. Aran. 3963)

STS. 12 DE NOVIEMBRE DE 1959 (Rep. Aran. 4443)

STS. 13 DE JUNIO DE 1961 (Rep. Aran. 3008)

STS. 10 DE DICIEMBRE DE 1962 (Rep. Aran. 5060)

STS. 8 DE ABRIL DE 1965 (Rep. Aran. 2151)

STS. 5 DE ENERO DE 1967 (Rep. Aran. 73)

STS. 14 DE OCTUBRE DE 1969 (Rep. Aran. 4622)

STS. 23 DE JUNIO DE 1970 (Rep. Aran. 3586)

STS. 10 DE OCTUBRE DE 1970 (Rep. Aran. 4369)

STS. 20 DE ENERO DE 1971 (Rep. Aran. 221)

STS. 25 DE NOVIEMBRE DE 1971 (Rep. Aran. 5013)

STS. 1 DE FEBRERO DE 1979 (Rep. Aran. 420)

STS. 7 DE NOVIEMBRE DE 1979 (Rep. Aran. 3644)

STS. 31 DE MARZO DE 1980 (Rep. Aran. 1233)

STS. 30 DE ABRIL DE 1982 (Rep. Aran. 1969)

STS. 3 DE ABRIL DE 1984 (Rep. Aran. 1923)

STS. 15 DE JUNIO DE 1984 (Rep. Aran. 3243)

STS. 29 DE DICIEMBRE DE 1986 (Rep. Aran. 7831)

STS. 14 DE MAYO DE 1987 (Rep. Aran. 3603)

STS. 11 DE JUNIO DE 1987 (Rep. Aran. 4290)

STS. 6 DE OCTUBRE DE 1987 (Rep. Aran. 6720)

STS. 9 DE JULIO DE 1988 (Rep. Aran. 5601)

STS. 5 DE DICIEMBRE DE 1989 (Rep. Aran. 9105)

STS. 24 DE ENERO DE 1990 (Rep. Aran. 349)

STS. 10 DE ABRIL DE 1990 (Rep. Aran. 3590)

STS. 23 DE JULIO DE 1990 (Rep. Aran. 6128)

STS. 24 DE MARZO DE 1992 (Rep. Aran. 3384)

STS. DE 28 DE ABRIL DE 1992 (Rep. Aran. 4114)

STS. DE 4 DE FEBRERO DE 1993 (Rep. Aran. 782)

## **INDICE CRONOLOGICO DE SENTENCIAS DE LAS AUDIENCIAS**

- S. Aud. Prov. Madrid. 14 DE JULIO DE 1990 (R.G.D. 1991. Pags. 471 y ss)
- S. Aud. Terr. Barcelona. 4 DE FEBRERO DE 1980 (R.J.C. 1980 Pag. 609)
- S. Aud. Terr. Pamplona. 17 DE JUNIO DE 1981 (R.G.D. 1982. Pags. 60 y ss)
- S. Aud. Prov de Navarra. 30 DE ABRIL DE 1986 y S. Aud. Terr. de Navarra 12 DE ABRIL DE 1977.
- S. Aud. Terr. Oviedo. 11 DE JUNIO DE 1988 (R.G.D. 1989. Pags. 3371 y ss)
  - S. Jdo. Primera Instancia N° 16 de Madrid de 13 DE DICIEMBRE DE 1950 (R.D.Pro. 1953. Pag. 623 y ss)

## **RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO**

**Roca Sastre - Molina Juyol: Jurisprudencia Registral. Bosch. Barcelona. 1953.**

- R. 12 DE JUNIO DE 1863 (J.R. I (1862-1882) Pag. 56)
- R. 22 DE FEBRERO DE 1864 (J.R. I (1862-1882) Pag. 191)
- R. 23 DE MARZO DE 1864 (J.R. I (1862-1882) Pag. 207)
- R. 4 DE NOVIEMBRE DE 1867 (J.R. I (1862-1882) Pag. 341)
- R. 29 de abril de 1871 (J.R. I (1862-1882). Pag 410 y ss)
- R. 22 DE JULIO DE 1874 (J.R. I Pags. 493 Y ss)
- R. 2 DE OCTUBRE DE 1884 (J.R. II. Pags. 176 y ss)
- R. 30 DE JULIO DE 1908 (J.R. T. IV. Pags. 188 y ss)
- R. 21 DE SEPTIEMBRE DE 1911 (J.R. T. IV. Pags. 235 y ss)
- R. 24 DE ABRIL DE 1913 (RGLJ. J.C. 1913. II. Pags. 167 y ss)
- R. 19 DE DICIEMBRE DE 1917 (J.R. T. V. Pags. 150 y ss)
- R. 9 DE MARZO DE 1942 (J.R. T. VIII. Pags. 94 y ss)

R. 22 DE OCTUBRE DE 1945 (J.R. T. VIII. Pags. 638 y ss)

R. 27 DE OCTUBRE DE 1947 (RGLJ. J.C. 1947 II. Pags. 141 y ss)

R. 19 DE MAYO DE 1952 (J.R. T IX. Pags. 110 y ss)

**Amorós Guardiola - Pau Pedrón: Jurisprudencia Registral. (1978 -1985).**

**Tecnos. Madrid. 1986.**

R. 7 DE ABRIL DE 1970 (J.R. Pag. 197)

R. 14 DE MAYO DE 1984 (J.R. Pag. 652)

R. 5 DE FEBRERO DE 1986 (Rep. Aran. 1006)

**Amorós Guardiola - Madero Jarabo: Jurisprudencia Registral. II. (1986-1990).**

**Tecnos. Madrid. 1991.**

R. 13 DE MAYO DE 1987 (J.R. Pag. 325 yss)

R. 18 DE ABRIL DE 1988 (J.R. Pag. 650 y ss)

R. 28 DE OCTUBRE DE 1988 (J.R. Pag. 777 y ss)

R. 31 DE OCTUBRE DE 1988 (J.R. Pg. 781 y ss)